



100

**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

RADICACIÓN: No. 110013335-012-2017-00276-00
PROCESO NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE: DEYSI OMAIRA MARTÍNEZ CASTELLANOS
ACCIONADA: MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

**ACTA N° 383 – 2019
AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ARTICULO 182 DE LA LEY 1437 de 2011**

En Bogotá D.C. a los dieciséis (16) días del mes de octubre de dos mil diecinueve (2019), siendo las 11:00 a.m, fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretaria ad hoc constituyó audiencia pública en la **Sala 38** de la sede judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: No asistió.

Parte demandada: Diane Carolina Gordillo Pinzón identificada con cédula de ciudadanía N° 1.032.363.807 y T.P. N° 269.729 del C.S. de la J, a quien se le reconoce personería para actuar de conformidad con el poder de sustitución allegado previo al inicio de la audiencia.

El ministerio público no se hace presente.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del proceso
2. Alegaciones Finales
3. Decisión de Fondo

SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5° del CPACA, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como la apoderada no expresa ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

Decisión notificada en estrados.

ALEGACIONES FINALES

A continuación, se corre traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión. Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.

Parte demandada (inicia 02:06, final: 04:16)

Decisión notificada en estrados

FALLO

En razón a que no existen pruebas por practicar, el Despacho procede a dictar sentencia conforme lo establece el artículo 179, inciso final del CPACA.

1. Problema Jurídico

Corresponde al Despacho determinar si al demandante, en su condición de docente público con vinculación en el año 1999, le debe ser reliquidada su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios conforme a la ley 71 de 1988 y si en este caso es procedente la suspensión y devolución de los descuentos por concepto de salud que se han venido realizando sobre las mesadas adicionales.

2. Consideraciones del Despacho

2.1. De los factores salariales que se deben reconocer en la pensión de jubilación de la docente

Sobre el régimen pensional de los Docentes adscritos al Magisterio que se vincularon con antelación del 27 de junio de 2003, esto es antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, la normatividad aplicable es la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988 para quienes fueron jubilados por acumulación de aportes públicos y privados.

En cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la liquidación de la pensión de los beneficiarios del régimen previsto en la Ley 71, se deben aplicar los contenidos en la Ley 62 de 1985, pues regula de manera general la situación pensional de los servidores públicos, los cuales coinciden con los enlistados en el artículo 22 del Decreto 1160 de 1989 que dispone los factores salariales sobre los que se deben realizar cotizaciones.

Sentencia de Unificación del abril de 2019.

Con la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019¹, se establecieron nuevas reglas, con vigencia retrospectiva, para liquidar las pensiones de jubilación reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en virtud de la Ley 33 de 1985, mismos que se aplican en la Ley 71 de 1988, a saber:

¹ Publicada el 15 de mayo de 2019

- a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988, los factores que se deben tener en cuenta son sólo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Los factores de liquidación son:

- ✓ asignación básica.
 - ✓ gastos de representación.
 - ✓ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación;
 - ✓ dominicales y feriados
 - ✓ horas extras
 - ✓ bonificación por servicios prestados
 - ✓ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.
- b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.
- c. Es decir que si bien existe régimen de transición respecto de la edad y tiempo de servicio, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no interesa que sobre factores diferentes a los allí enlistados se hubieran hecho aportes, puesto que el ingreso base de liquidación se debe calcular únicamente teniendo en cuenta los factores salariales que ordena el Decreto 1158 reglamentario de la mencionada Ley 100 de 1993.

Acorde con la fijación del litigio se tiene que la señora **DEYSI OMAIRA MARTÍNEZ CASTELLANOS** nació el 05 de diciembre de 1959, prestó sus servicios como docente de vinculación Distrital y al cumplir 20 años de aportes sufragados en diferentes entidades de previsión social, le fue reconocida y liquidada la pensión vitalicia de jubilación bajo los parámetros establecidos en la Ley 71 de 1989, esto es:

- ✓ Al cumplir 55 años de edad (05 de diciembre de 2014)
- ✓ Al acreditar más de 20 años de servicios.(desde el 15 de marzo de 1999 al 05 de diciembre de 2014)
- ✓ Con el 75% de lo devengado en el último año de servicios (06 de diciembre de 2013 a 05 de diciembre de 2014).

Como pretensiones de la demanda se solicita la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora **MARTÍNEZ CASTELLANOS** incluyendo **todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior al estatus jurídico de pensionada conforme a lo establecido por la ley 71 de 1988.**

De acuerdo a la situación fáctica descrita, y dando aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, en el **ingreso base de liquidación** de la pensión de jubilación de los docentes solamente deben incluirse los factores señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Factores salariales incluidos en la Resolución 4892 de 04 de julio de 2017 (Fl.09)	Factores devengados durante el último año de servicios (fl 10)	Factores salariales artículo 1º de la Ley 62 de 1985.
Asignación básica	Asignación básica	Asignación básica
prima de vacaciones	prima especial	Gastos de representación
Bonificación decreto	prima de servicios	Primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación
	Bonificación decreto	Dominicales y feriados
	Prima de vacaciones.	Horas extras
	Prima de navidad	Bonificación por servicios prestados
		Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio

Como se aprecia en el cuadro anterior, los factores contemplados en la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales debe calcularse el IBL pensional de la actora, no incluyen todos los devengados por la demandante y sólo podía incluirse la asignación básica y la bonificación decreto prevista en el Decreto 1566 de 2014.

No obstante, el Despacho advierte que pese a que en el acto de reconocimiento fue incluido como factor de liquidación del IBL la prima de vacaciones, y que esta no se encuentra incluida en la Ley 62 de 1985, el acto demandando no será modificado en este sentido y conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido al demandante cuyas pretensiones se dirigieron a la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, tal y como lo disponía la sentencia del Consejo de Estado del 04 de agosto de 2010 que para el momento de radicación de la demanda era el precedente vigente.

En consecuencia la pretensión de inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios será negada.

2.2. Sobre los descuentos del 12%

En cuanto a las pretensiones relativas a la devolución de los valores descontados en exceso por concepto de aportes en salud, lo cuales se dedujeron sobre las mesadas adicionales, se tiene que el Despacho requirió que se aportara copia del derecho de petición por medio del que se había solicitado la devolución de estos aportes y el acto por el que se resolvió tal solicitud, así como el certificado de los descuentos realizados por este rubro.

De la revisión de la petición radicada por la demandante se observa que una las pretensiones estaba encamina a obtener el reintegro de los descuentos de salud que se realizaron sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre desde el momento en que adquirió el estatus pensional (fl.5-7), la anterior petición es la que dio origen a la Resolución 4892 de 2017, la cual es objeto de este litigio. Si bien en tal acto administrativo no hubo pronunciamiento respecto a los descuentos sobre las mesadas adicionales ello no quiere decir que la actora no hubiera agotada en debida forma la vía administrativa, puesto que se trata es de una omisión de la

propia entidad que no resolvió de manera completa las peticiones de la demandante.

En ese sentido, aunque no se solicitó expresamente la nulidad del acto administrativo ficto, lo cierto es que de la interpretación armónica de la demanda se entiende que el demandante acudió ante la jurisdicción con el convencimiento de que demandaba todos los actos de la administración que resolvían su petición, por lo que debe interpretarse que también se demandó la respuesta negativa de la entidad respecto de los aportes, siendo entonces obligación de esta jurisdicción controlar la legalidad de ese acto ficto que surgió con la omisión de la entidad de responder integralmente la petición que la actora había elevado.

Cabe resaltar que en contra de la Resolución 4892 de 2017 no procedía recurso de apelación sino únicamente el de reposición, el cual no se debe agotar para poder acudir ante la jurisdicción con pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que se tiene que la demandante estaba jurídicamente habilitada para presentar la demanda.

Aclarado lo anterior, se tiene que frente a los descuentos del 12 % de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes oficiales pensionados existen dos líneas jurisprudenciales.

El Despacho venía considerando que el descuento en las mesadas adicionales era un asunto regulado bajo un régimen especial que no podía haber sido derogado por la aplicación del incremento en el monto del descuento, pues la norma bajo la cual fue dictada es de orden económico y no prestacional. Sin embargo, atendiendo que de manera permanente el Tribunal viene revocando las decisiones así tomadas, se asumió la tesis según la cual no existe fundamento legal para realizarlos, ello en cuanto la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003² no contemplan descuentos de esta naturaleza y tampoco es posible reconocerlos por aplicación del numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, pues este debe entenderse derogado tácitamente con la promulgación de la Ley 812 de 2003³.

Así lo ha interpretado la subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴

“En consecuencia, observa la Sala que si bien es cierto, el numeral 5 del artículo 8 de la pluricitada Ley 91 de 1989, contentivo del régimen especial de administración y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, previó el descuento por salud de cada mesada pensional, incluidas las adicionales, no lo es menos que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en materia de descuentos por salud se hicieron extensivas a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no contempla los descuentos sobre las mesadas adicionales, por lo que en criterio de la Sala el numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, debe entenderse derogado tácitamente desde el 27 de junio de 2003 (fecha de promulgación de la Ley 812 de 2003), no sólo en cuanto al porcentaje sino en cuanto a la prohibición del descuento sobre las mesadas adicionales, en aplicación del principio de inescindibilidad normativa”.

² Disposiciones normativas que a criterio del H. Tribunal se hicieron extensivas a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- .

³ A manera de ejemplo se citan los siguientes radicados: Subsección “B” **Número De Radicado:** 11001-33-35-028-2012-00308-01 **Fecha:** 11/02/2016 **Ponente:** Luis Gilberto Ortegón Ortegón. Subsección “C” **Número De Radicado:** 25000-23-42-000-2014-04388-00 **Fecha:** 12/02/2016 **Ponente:** Amparo Oviedo Pinto .Subsección “D” **Número De Radicado:** 11001-33-35-702-2014-00072-01 **Fecha:** 28/01/2016 **Ponente:** Cerveleón Padilla Linares. Subsección “A” **Número de Radicado:** 11001-33-31-017-2008-00182-01 **Fecha:** 19/04/2012 **Ponente:** José Ernesto Arciniegas Triana.

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección “A” Id: 978 **Número De Radicado:** 11001-33-31-017-2008-00182-01. Tipo de Providencia: Sentencia **Fecha:** 19/04/2012 **Ponente:** José Ernesto Arciniegas Triana.

Teniendo en cuenta que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO no allegó contestación de la demanda, no se encuentra en discusión que la entidad ha venido realizando descuentos para salud en las mesadas adicionales de la pensión de Jubilación que viene percibiendo la actora desde el año 2014.

La actora, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se le ordenara a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que a través de la Fiduprevisora S.A., suspendiera el descuento y reintegrara las sumas que por concepto de aportes a salud se hubieren efectuado sobre las mesadas adicionales de la pensión de jubilación de la señora DEYSI OMAIRA MARTÍNEZ.

De acuerdo a lo expuesto con anterioridad y a la cita jurisprudencial, se accederá a las pretensiones frente a los descuentos de salud que se le realizaron a la actora. Las sumas que resulten a favor tendrán que devolverse debidamente indexadas.

2.3 Prescripción

Aunque el derecho a la pensión de jubilación es imprescriptible, no sucede lo mismo con los descuentos mensuales que de allí se derivan, los cuales se extinguen cuando no son reclamados dentro de tres años siguientes a su descuento. Por su parte, la petición interrumpe la prescripción siempre y cuando la demanda se presente en un término máximo de tres años

Para el presente asunto, el acto de reconocimiento pensional tiene efectos a partir del 06 de diciembre de 2014 (fl. 2 vto.), la solicitud de suspensión y reintegro de los dineros descontados por salud se efectuó el **20 de diciembre de 2016** (fls. 5-7 y 9) y la demanda fue presentada el 23 de agosto de 2017 (folio 29), por lo que no habrá lugar a la prescripción de los descuentos.

CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado⁵, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no desincentivar el acceso a la administración justicia, teniendo en cuenta que se accedieron parcialmente a las pretensiones no habrá condena en costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente de lo consignado a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

⁵ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987).

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto ficto, en cuanto no resolvió la solicitud de reintegro de los descuentos por aportes en salud sobre las mesadas adicionales, por lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que a través de la Fiduciaria la Previsora - FIDUPREVISORA S.A, suspenda los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de la pensión de la señora **DEISY OMAIRA MARTÍNEZ CASTELLANOS**. Así mismo para que reintegre a la demandante los valores correspondientes a los descuentos para salud efectuados sobre la mesadas pensionales adicionales.

TERCERO: NEGAR LAS PRETENSIONES de la demanda tendientes a la declaratoria de nulidad de la Resolución 4892 de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: En cuanto a los remanentes de lo consignado por gastos del proceso, se dispondrá que dichos emolumentos se atribuyan a los gastos de funcionamiento que cubrió el Consejo Superior de la Judicatura.

SEXTO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

Las partes cuentan con el término de ley para interponer los recursos.

Apoderada de la entidad demandada interpone recurso de apelación pero lo sustentará dentro del término legal.


YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ
JUEZ

La parte demandante

La parte demandada

NO ASISTIÓ


Diane Carolina Gordillo Pinzón

Secretaría ad-hoc


Silvia Lorena Rico Orjuela

