



Bogotá, D.C., 12 DIC. 2017

Sentencia 96  
Expediente: 2015-00707  
Demandante: OLGA RODRÍGUEZ DE FORERO  
Demandada: MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONPREMAG  
Asunto: Factores salariales que constituyen el ingreso base de liquidación de la pensión del personal docente y procedencia de la suspensión de los descuentos en salud de las mesadas adicionales.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y vencido el término para alegar de conclusión por parte de los sujetos procesales, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

#### I. ANTECEDENTES

La señora OLGA RODRÍGUEZ DE FORERO actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 11 de septiembre de 2015 (f.33), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

##### A. PRETENSIONES

De acuerdo con lo manifestado en la audiencia inicial:

1. Se declare la nulidad de la **Resolución 7288 del 31 de octubre de 2014** expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá por medio de la cual se niega la solicitud de revisión de la pensión de jubilación.
2. Declarar la nulidad parcial de la **Resolución 2630 del 18 de junio de 2002**, que si bien reliquidó la pensión incluyendo todos los factores salariales, los mismos no son los correspondientes al año inmediatamente anterior a la fecha de retiro, es decir del 31 de diciembre de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001, pues solamente tuvieron en cuenta los devengados en el año 2000, disminuyendo la mesada a la que tiene derecho.
3. Se declare la nulidad del **oficio CRIEE000014449 del 31 de julio de 2014**, proferido por la Fiduciaria la Previsora, por medio del cual se niega el reintegro y suspensión de los valores descontados en exceso para salud.
4. Como consecuencia de las anteriores declaratorias se condene a la Nación – Ministerio de Educación y a la Fiduciaria la Previsora según corresponda a la reliquidación de la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el **último año anterior a la fecha de retiro del servicio**.
5. Al reintegro de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año desde que se causó la pensión y hasta el momento de la sentencia.
6. Ordenar a las entidades no continuar realizando los descuentos para seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de cada año que se causen a partir de la sentencia.

7. Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar a favor del demandante, el valor de los reajustes que se causen por los conceptos referidos en los numerales anteriores desde el momento en el que se reconoció la pensión. Descontando los que ya se hayan cancelado.
8. Condenar a las entidades demandadas a reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de la reliquidación de la pensión de jubilación, referidos en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme con lo dispuesto en el artículo 187 y 192 del CPACA.
9. Condenar en costas a las entidades demandadas conforme con el artículo 188 ibídem.

#### **B. NORMAS QUE SE CONSIDERAN VIOLADAS**

- Constitución Política
- Ley 57 y 153 de 1887
- Ley 33 y 62 de 1985
- Ley 91 de 1989
- Ley 4 de 1992
- Ley 100 de 1993
- Decreto 1073 de 2002
- Ley 812 de 2003.

#### **C. CONCEPTO DE VIOLACIÓN (ff.35 a 40).**

Consideró que de acuerdo con las normas que cita, a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, en materia de prestaciones económicas y sociales, se les aplica el régimen prestacional anterior que es el establecido en la Ley 33 de 1985. En cuanto al ingreso base de liquidación de la pensión, citó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985, por lo que estimó que se debe tomar en cuenta el 75% del promedio de salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

En cuanto a los factores salariales indicó que deben tenerse en cuenta que con Sentencia del 4 de agosto de 2010, el H Consejo de Estado, con pronunciamiento unificado, dejó claro que se deben incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador en el último año de servicios anterior al retiro del servicio.

Concluyó entonces, que de acuerdo con lo anterior el concepto salario implica todas las sumas que habitual y periódicamente percibe el empleado oficial como retribución a su trabajo, por lo tanto, el acto administrativo atacado es nulo al infringir normas de carácter superior y desconoce los derechos fundamentales del trabajador.

En cuanto a los **descuentos en las mesadas adicionales**, argumentó que la entidad accionada al negarse a la devolución y suspensión de los descuentos en salud, desconoce la normatividad vigente aplicable, en cuanto existe una prohibición legal de realizar descuentos en salud en las mesadas adicionales, por cuanto si bien la demandante es beneficiaria de un régimen especial, conforme a la Ley le es aplicable las disposiciones que le son favorables del régimen general de pensiones, esto es, las que contemplan las mesadas adicionales.

## **D. ACTUACIÓN PROCESAL**

### **1. Admisión de la demanda**

Mediante auto del 12 de febrero de 2016 (ff.46 y vto.), se admitió la demanda, providencia que fue notificada mediante estado el 10 de febrero del mismo año.

### **2. Contestación de la demanda**

Debidamente notificada la demanda propuesta por la demandante (f. 48) el Ministerio de Educación contestó en forma extemporánea y, la Fiduciaria la Previsora – Fiduprevisora S.A, manifestó:

Se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que los descuentos en salud realizados a la demandante se efectúan de acuerdo con lo establecido en la ley. Se refirió al numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, la Ley 812 de 2003 y los valores señalados para este efecto en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003.

Igualmente ilustró la naturaleza jurídica de la Fiduciaria la Previsora, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las competencias asignadas a las entidades territoriales certificadas, así como el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para concluir que los descuentos en salud se encuentran ajustados a legalidad por lo que solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

### **3. Audiencia inicial**

El 30 de marzo de 2017, se llevó a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, se surtieron las etapas contempladas en el artículo 180 del CPACA y se decretó la práctica de pruebas, las que una vez recaudadas fueron incorporadas a la actuación con auto del 29 de agosto de 2017 (f.133).

### **4.- Alegatos de conclusión**

Mediante providencia del 29 de agosto de 2017 el Despacho corrió traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días a los sujetos procesales, término dentro del cual únicamente la apoderada de la parte actora presentó escrito, en los siguientes términos:

Reiteró que las Leyes 33 y 62 de 1985 establecieron que la pensión de jubilación se liquida sobre los factores salariales devengados en el último año de servicios sobre los cuales haya aportado el cotizante a la seguridad social. Citó la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 para concluir que de una confrontación entre la resolución de reconocimiento pensional y la certificación de factores salariales devengados es fácil llegar a la conclusión que a la fecha la pensión no se encuentra liquidada acorde con lo establecido en la Ley 33 de 1985.

Respecto de los descuentos en salud citó la referencia de algunas sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y solicitó tener en cuenta los argumentos jurídicos que allí se exponen para acceder a las pretensiones de la demanda.

## II. CONSIDERACIONES

### A. IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se demanda la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución 2630 del 18 de junio de 2002**, por la cual se reliquidó la pensión vitalicia de jubilación.
- **Resolución 7288 del 31 de octubre de 2014**, por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante y el reintegro de los descuentos por concepto de salud.
- **Oficio CRIEE00014449 del 31 de julio de 2014** por medio del cual la fiduprevisora niega el reintegro y suspensión de los valores descontados en exceso para salud.

### B. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante todos los factores salariales devengados en el año **inmediatamente anterior al retiro del servicio** y si es procedente ordenar la devolución de los descuentos realizados por concepto de salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión devengada por la actora, así como la suspensión de dichos descuentos.

### C. HECHOS PROBADOS

Con las pruebas documentales allegadas con la demanda, se acreditan los siguientes hechos pertinentes para el objeto del proceso:

1. La demandante nació el 18 de abril de 1948 (fl.21 del C.1).
2. Mediante Resolución 000476 del 22 de febrero de 1999, fue reconocida a la demandante pensión vitalicia de jubilación, en su condición de docente nacionalizada, a partir del 19 de abril de 1998. En el ingreso base de liquidación se incluyeron: la asignación básica, prima de alimentación, reajuste 25% y 50% y una doceava de la prima de navidad (ff. 3 y 4, C-1).
3. Por Resolución 002630 del 18 de junio de 2002, se reliquidó la pensión por retiro del servicio, a partir del 31 de diciembre de 2001 (ff.38 y 39).
4. A través de la Resolución 00036 del 7 de enero de 2003, la entidad ajustó la pensión de jubilación de la demandante para incluir en los factores salariales el aumento decretado para el año 2001, teniendo como tales: asignación básica, prima de alimentación, prima de habitación, reajuste, una doceava de la prima de vacaciones y de la prima de navidad, notificada personalmente a la demandante el 14 de febrero de 2003 (ff. 39, 40 y 50, C-2).
5. La demandante radicó petición ante la Fiduciaria la Previsora el 9 de julio de 2014, solicitando la suspensión de los ya citados descuentos en salud y su devolución. (f.15, C.1).
6. La Fiduciaria la Previsora S.A, contestó en forma negativa lo solicitado mediante oficio CRIEE00014449 del 31 de julio de 2014 (f.16 y vto., C.1).
7. Igualmente radicó petición, el 16 de octubre de 2014, de reliquidación de la mesada pensional y suspensión y reintegro de las sumas descontadas por concepto de salud de las mesadas adicionales, la cual fue negada con la Resolución 7288 del 31 de octubre de 2010 (ff. 5 a 9 y 11 a 14,
8. Obra formato único para la expedición de certificado de salarios (ff.17 a 20)

9. De acuerdo con el extracto de pagos aportado a la actuación se observa que se han hecho descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de **junio y diciembre** percibida por la actora (ff. 123 a 128, C.a).

#### D. ANALISIS DEL DESPACHO

##### 1. Régimen prestacional aplicable a los docentes

El artículo 1 del acto legislativo 01 del 22 de julio de 2005 señala en el párrafo transitorio que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta y, de otra parte, los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

La Ley 812 de 2003<sup>1</sup> **“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006”, estableció que el régimen prestacional de los docentes oficiales (nacionales, nacionalizados y territoriales)<sup>2</sup> que se encontraban vinculados al servicio educativo oficial con anterioridad a esta ley es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia, que para el efecto, era la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación), cuyo artículo 115 dispuso que “el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley en la ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley”.**

Ahora bien, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989<sup>3</sup>, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, distinguió entre i) docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad

---

1 Mediante el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, se dispuso que continúan vigentes los artículos (...) 81, 82, 86, de la Ley 812 de 2003.

<sup>2</sup> De conformidad con lo previsto en el Artículo 1º de la Ley 91 de 1989, son **docentes nacionales** los vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; son **docentes nacionalizado** los vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975; y son **docentes territoriales** vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

<sup>3</sup> **“Ley 91 de 1989. Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:**

**1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.// Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.// 2. Pensiones: (...)// B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional (...). Resaltado fuera de texto.**

territorial de conformidad con las normas vigentes y ii) **docentes nacionales** y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, quienes para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Para efectos pensionales estableció que para los vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de Ley, se les reconocerá una pensión de jubilación y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, tal y como ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>4</sup>.

Ahora bien, el régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional está señalado en las leyes 33 y 62 de 1985, el Decreto 3135 de 1968 y su Decreto reglamentario 1848 de 1969.

Recuerda el Despacho que en materia de pensiones del sector público, la Ley 33 de 1985<sup>5</sup> se aplicó a los empleados oficiales de todos los órdenes, con lo cual se permitió sumar los períodos laborados en entidades nacionales y en las territoriales para reunir el requisito de tiempo de servicios, además, unificó para hombres y mujeres la edad en 55 años. En estos dos aspectos modificó el Decreto Ley 3135 de 1968<sup>6</sup>, que hasta entonces solo regulaba los servicios prestados a las entidades nacionales.

Así, en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señaló que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Y respecto de los factores salariales, el artículo 3º *eiusdem* consagró una lista enunciativa de los mismos que irían a componer el ingreso base de liquidación.

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3º de la citada Ley 33 del mismo año, adicionando tres (3) factores salariales a la lista allí consignada.

Se advierte en este punto, que la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010,<sup>7</sup> unificó su posición jurisprudencial en relación con los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993<sup>8</sup> se les aplica la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de ese mismo año.

<sup>4</sup> Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" sentencia del 23 de febrero de 2006 en la que sostuvo: "La Ley 91 de 1989 comprende muchos mandatos; entre ellos se destacan para el caso: ...-) Para los **DOCENTES NACIONALES** y los que se vinculen a partir de enero 1/90, en el párrafo 2 del núm. 1 del citado art. 15, manda que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales están los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. No puede pasar de desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional".

<sup>5</sup> Ley 33 de 1985. "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

<sup>6</sup> Decreto 3135 de 1968. "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

<sup>8</sup> Ley 100 de 1993. "Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. // La edad para acceder a la

El problema jurídico que se propuso asumir la Sección Segunda en la sentencia de unificación, consistió en determinar si procedía el reajuste de la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios. Para el efecto, reiteró que a las personas en régimen de transición se les debe aplicar en su integridad el régimen pensional anterior<sup>9</sup>, que para el caso era el previsto en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de esa misma anualidad. Respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, la sentencia se inclinó a favor de la tesis menos restrictiva conforme a la cual en la Ley 33 de 1985 no se indican en forma taxativa, sino que, deduce la sentencia, que los mismos están simplemente enunciados.

Las precitadas sentencias constituyen en este caso antecedentes que llevan al Despacho a concluir que, debiendo aplicarse al accionante el régimen pensional previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, la correcta liquidación de su pensión implica tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

Conforme con lo anterior, debe verificarse en el caso concreto el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma para la reliquidación de la prestación, a través de los medios probatorios idóneos para tal efecto.

## **2. Marco jurídico de los descuentos para seguridad social en salud sobre las mesadas pensionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ( minuto 1.4416)**

El artículo 8º de la Ley 91 de 1989 posibilitó la deducción del 5% de cada una de las mesadas, incluidas las mesadas adicionales. No obstante, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 incrementó la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, pues los obligó, a partir de su vigencia, a asumir en su totalidad una cotización del 12%, toda vez que la norma para estos efectos remitió a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

De esta manera, para el Despacho, el efecto del incremento de la cotización y su remisión a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, no es otro que la derogatoria tácita del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, a esta conclusión llegó la Corte Constitucional en Sentencia C-369 de 2004, en la que argumentó que la citada norma estableció la obligación de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de cancelar la totalidad de la cotización en salud, prevista en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, equivalente al 12% de su mesada pensional<sup>10</sup>.

---

*pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...).*"

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Al respecto señaló la sentencia "Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda".

<sup>10</sup> Corte Constitucional. C-369 del 27 de abril de 2004. "En esas circunstancias, como conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que **la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente,**

Siendo así, para el Despacho no resulta procedente la mixtura de normas por lo que no es acertado aplicar el segmento del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, que posibilita la deducción incluso en las mesadas adicionales, y por otra, aplicar en lo más favorable a la entidad, el monto del 12.5% de la cotización prevista en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, lo que resulta contrario al principio de inescindibilidad.

Estima el Despacho que en virtud de la derogatoria del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y en aplicación de lo previsto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para el tema en estudio debe darse aplicación a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y demás normas que las modifican y derogan, entre ellas, lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1073 de 2002<sup>11</sup>, pues si el objeto de la disposición normativa fue establecer un régimen uniforme en virtud del principio de solidaridad para quienes ostentan el estatus de pensionado lo que conllevó a incrementar el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12,5% establecido en el Régimen General, es dable entender que ello se extienda a toda la normatividad que la regula, entre otras, la prohibición de los descuentos por salud para las mesadas adicionales de junio y diciembre, en virtud del principio de igualdad frente a una población con características similares, en este caso los pensionados del régimen ordinario frente a los pensionados docentes, el cual ha sido desarrollado por el principio de equidad con el cual se pondera la distribución de las cargas o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes de similares características para evitar que haya cargas excesivas, que afecte como en este caso directamente el goce de un derecho fundamental, el cual debe ser un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente admisible

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, declaró nulo parcialmente el parágrafo de la citada norma, únicamente en cuanto dispuso que no podrán efectuarse descuentos sobre la mesada adicional a que se refiere el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (mesada de junio), siendo claro la improcedencia de los descuentos frente a la mesada prevista en el artículo 50 de la Ley 100 de 1993 (mesada de diciembre)<sup>12</sup>.

Con el mismo razonamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que no es procedente efectuar descuento alguno a las mesadas adicionales de junio y diciembre<sup>13</sup>.

Así las cosas, nuestro órgano de cierre en los citados pronunciamientos ha estimado improcedentes los descuentos por concepto en salud en las mesadas adicionales, de junio y diciembre, previstas en los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, criterio que acoge este Despacho.

---

*dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*<sup>10</sup> (negrilla fuera de texto).

<sup>11</sup> Decreto 1073 de 2002 "Por el cual se reglamenta las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media". "ARTÍCULO 1o. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.// (...) **PARÁGRAFO. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre la mesadas adicionales.**" (Negrilla fuera de texto).

<sup>12</sup> Consejo de Estado, la Sección Segunda, Sentencia del 3 de febrero de 2005.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del Dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1064

## 2. Caso concreto

### Situación jurídica de la peticionaria

Se encuentra acreditado que mediante **Resolución No. 000476 del 22 de febrero de 1999**, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le fue reconocida al accionante pensión vitalicia de jubilación en su condición de **docente nacionalizado**, con un promedio del 75% de los salarios devengados de mayo de en el año de servicios anterior al cumplimiento de la fecha de estatus de pensionada y teniendo en cuenta como factores el sueldo y la prima de vacaciones.

En el acto de reconocimiento, se contempló el día **18 de abril de 1998**, como la fecha de causación del estatus de jubilada, al cumplir con los requisitos de 55 años de edad y 20 años de servicios.

Asimismo, se demostró por la actora que por medio de la **Resolución 002630 del 18 de junio de 2002** se reliquidó su pensión de jubilación por retiro del servicio, con efectividad a partir del 31 de diciembre de 2001 (f. 38 y 39).

Igualmente, de acuerdo con la **Resolución 00036 del 7 de enero de 2003**, visible a folio 39 del cuaderno 2, se observa que se ajustó la mesada pensional de la demandante a partir del 31 de diciembre de 2001.

Por último, está probado que la demandante tiene la condición de DOCENTE NACIONALIZADA vinculada el 1º de abril de 1973, conforme el formato único para expedición de historia laboral obrante a folio 19, por lo que este Despacho concluye que en aplicación de las disposiciones legales citadas la accionante tiene derecho a que se le aplique el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

### Factores que integran el ingreso base de liquidación del demandante

En cuanto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el artículo 45 del Decreto 1045 del 17 de junio de 1978<sup>14</sup>, dispuso los factores salariales a tener en cuenta para efectuar aportes para pensión en pensión.

---

<sup>14</sup> **“ARTÍCULO 45º.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones.** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente.”

Conforme a las normas expuestas el salario base para la liquidación de las pensiones de los servidores públicos se encuentra constituida por todos los factores que constituyen salario, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

La anterior posición es la adoptada por el Consejo de Estado para la solución de casos de docentes oficiales donde la demandada es la misma del presente caso, concluyendo así que tienen derecho a la reliquidación del beneficio pensional que les fuera reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios<sup>7</sup>.

Ahora bien, en el presente asunto de acuerdo con la certificación obrante a folio 18 en consonancia con lo mencionado en la Resolución No. 002630 de 2002, el año **último año de servicios** corresponde al período comprendido entre el **1º de enero a 30 de diciembre de 2001**. Al respecto, este Despacho observa que en la certificación mencionada figuran los factores devengados por el actor en este periodo así:

- Asignación básica (reconocida)
- Prima de alimentación (reconocida)
- Prima de habitación (reconocida)
- Reajuste del 25% (reconocido)
- Prima de vacaciones (reconocida)
- Prima de navidad (reconocida).

La parte actora atacó de nulidad parcial la Resolución 2630 de 2002, en el entendido que pese a que la entidad incluyó todos los factores salariales, estos no corresponden al año inmediatamente anterior al retiro del servicio y una vez revisada la citada Resolución se observa que al hacer la operación aritmética la entidad promedió 8 meses del año 2001 con asignación de 1.445.999 y 4 meses restantes con asignación de 1.482.149<sup>15</sup> lo cual arroja un valor de  $\$17.496588 \div 12$ , con una asignación básica de  $\$1.458.049$ , operación que replicó con los demás factores, sin tener en cuenta que el último año de prestación del servicio estaba comprendido del 1º de enero de 2001 a 30 de diciembre de 2001, es decir debió tomar los valores devengados solamente en el año 2001.

Sin embargo, a folio 39 del cuaderno 2 reposa la **Resolución 00036 del 7 de enero de 2003**, que aunque no es objeto de debate sí fue debidamente notificada a la demandante (f. 50, C.2) y en esta se evidencia que el Ministerio de Educación Nacional reliquidó la pensión de la demandante tomando los factores devengados en el año 2001, de acuerdo con lo peticionado por la demandante el 31 de diciembre de 2002, con los valores mensuales o por doceavas para el caso de la prima de vacaciones y prima de navidad certificados a folio 18 del cuaderno 1.

Por las razones anteriores, se negarán las pretensiones de la demanda, en tanto la reliquidación con los factores devengados en el año 2001 fue efectiva a partir del 31 de diciembre de 2001 como se indica en la Resolución 00036 de 2003, hecho que sí desconoció el Ministerio de Educación al momento de proferir la Resolución 7288 del 31 de octubre de 2014.

#### **Procedencia de los descuentos en salud en las mesadas adicionales**

Quedó demostrado que la pensión reconocida a la aquí actora viene siendo pagada a través de la Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del Fondo Nacional de Prestaciones

<sup>15</sup> Valores tomados de la certificación obrante a folio 19 del cuaderno 2.

Sociales del Magisterio y que sobre esta se han venido realizando los descuentos en salud en las mesadas adicionales de **junio y diciembre**, aclarando que esta última se ve reflejada en el mes de noviembre, conforme se acredita con los extractos de pago obrantes a folios 123 a 127 y vto. del expediente, de donde se concluye que, de acuerdo a la normatividad aplicable, el acto administrativo que negó la solicitud, no se ajusta al ordenamiento jurídico, respecto de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales devengadas por la actora.

### **Restablecimiento del Derecho**

Por las razones anteriormente expuestas, el Despacho ordenará a la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - representado por el Ministerio de Educación Nacional, para que a través de la FIDUPREVISORA S.A. como entidad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, suspender los cuestionados descuentos en salud y restituir las sumas descontadas en las mesadas adicionales de junio y diciembre por concepto de salud, teniendo en cuenta la correspondiente prescripción.

**Prescripción:** De conformidad con la solicitud de suspensión y reintegro de los descuentos para salud, en el caso concreto no hay lugar a declarar la prescripción trienal de que habla el Decreto 1848 de 1969 artículo 102 el cual señala que las acciones que emanen de los derechos consagrados del Decreto 3135 de 1968 prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por cuanto, el simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

A este respecto, a la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la **Resolución No. 000476 del 22 de febrero de 1999**, efectiva a partir del 19 de abril de 1998, la solicitud de reintegro y suspensión de las mesadas adicionales se presentó el **9 de julio de 2014**, es decir, habiendo transcurrido más de tres (3) años entre el reconocimiento pensional y la solicitud de reintegro y cesación de descuentos por salud en las mesadas adicionales.

Así las cosas, y atendiendo a que con la radicación de la petición elevada a la entidad demandada se interrumpen los términos prescriptivos, partiremos en el conteo de los términos del 16 de octubre de 2014 ordenándose el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de junio y diciembre, a partir del día **9 de julio de 2011**.

**Ajuste al valor:** Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

**Intereses:** A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

**Cumplimiento de la sentencia:** El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

**Costas:** El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso<sup>16</sup>, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”*. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado<sup>17</sup> ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

*“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.*

<sup>16</sup> Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

*Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil*

*Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”*

*Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>><sup>18</sup>”*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se ha comprobado un uso indebido o arbitrario de los instrumentos procesales por parte de ésta<sup>19</sup>. Así mismo, no se comprobaron los hechos que acreditan su causación como se exige en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO.- DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción** propuesta por la Fiduciaria la Previsora S.A.

**SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución 7288 del 31 de Octubre de 2014 y del Oficio CRIEE00014449 del 31 de Julio de 2014** respecto de la suspensión y reintegro de los descuentos en salud realizados sobre las mesadas pensionales adicionales, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO.- ORDENAR** a las entidades demandadas la suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre y **CONDENAR** a la **NACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a **RESTITUIR** a favor de la señora Olga Rodríguez de Forero, identificada con la cédula de ciudadanía 41.405.638 de Bogotá, el valor de los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, a partir del **9 de julio de 2011**, sumas estas que deberán ser indexadas con fundamento en los índices de precios al consumidor - IPC certificados por el DANE y de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia y declarar prescrito el pago de los descuentos anteriores a esta fecha.

**CUARTO.- ORDENAR** el ajuste al valor; es decir que de la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada al valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

#### ÍNDICE FINAL

<sup>18</sup> Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 25 de mayo de 2006. Rad. 2001-04955-01 (2427-2004) “(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”.

$$R = RH \times \text{ÍNDICE INICIAL}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

**QUINTO.- NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa.

**SEXTO.- DECRETAR** que a partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA, a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

**SÉPTIMO.- CONDENAR** al cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales

**OCTAVO.- SIN COSTAS** en esta instancia por no aparecer causadas.

**NOVENO.-** Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiera; así mismo, **EXPÍDASE** copia de conformidad con lo normado en el numeral artículo 114 del C.G.P. **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez

*Erge*