



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -

Bogotá, D.C., -6 de febrero de 2018

Sentencia No. 3

Expediente:	2015-00586
Demandante:	FABIO BERMÚDEZ LOMELÍN
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

El señor FABIO BERMÚDEZ LOMELÍN actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 17 de julio de 2015 (f.42), elevó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

A. PRETENSIONES

De acuerdo con lo manifestado en la audiencia inicial:

- 1.- Declarar la nulidad de la **Resolución 0454 del 9 de febrero de 2015**, mediante la cual se reliquidó la pensión de jubilación de la demandante.
- 2.- Declarar la nulidad de la **Resolución 1865 del 1º de abril de 2015**, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior Resolución.
- 3.- Se tenga por configurado el **acto ficto negativo** generado por el silencio administrativo frente a los descuentos en salud sobre el primer pago de la mesada pensional y los descuentos en salud de las mesadas adicionales.
- 4.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene a las entidades accionadas se reconozca y ordene la reliquidación de la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha del retiro definitivo del servicio en aplicación de la Ley 33 y 62 de 1985.
- 5.- Al reintegro de los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año que se causen a partir de la sentencia.
- 6.- Ordenar a las accionadas a suspender los descuentos por Seguridad Social en Salud de las mesadas pensionales adicionales de cada año.
- 7.- Condenar a las accionadas 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 lo que se haya 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 reconocidos, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago conforme con lo previsto en los artículos 187 y 192 del CPACA.

9.- Se condene a las entidades demandadas al cumplimiento de las sentencias en los términos establecidos en los artículos 189 y 195 del CPACA

10.- Se condene en costas a la entidad accionada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA.

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
- Decreto 1073 de 2002
- Ley 812 de 2003.
- Ley 100 de 1993

C. CONCEPTO DE VIOLACIÓN (ff.30 a 37).

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 1º 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 su concepto, citando los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, referentes a la aplicación uniforme y extensión de jurisprudencia.

En cuanto a los **descuentos en las mesadas adicionales**, indicó que con dichos descuentos se evidencia ostensible trasgresión en lo establecido en el Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002 y a la Ley 812 de 2003 que derogó tácitamente el descuento en las mesadas adicionales, al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 y 797 de 2003. Manifestó que bajo ningún pretexto puede haber descuentos de 14 meses por año de servicio de salud.

D. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 26 de agosto de 2015 (ff.44 y vto.), se admitió la demanda, providencia que fue notificada mediante estado el 27 de agosto del mismo año.

2. Contestación de la demanda

Debidamente notificada la demanda propuesta por el demandante (f. 49 y 50) el Ministerio de Educación contestó la demanda señalando que la ley 812 de 2003 y sus decretos

reglamentarios modificaron el concepto de aportes para el personal docente afiliado al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, en el sentido de incluir como base de cotización para pensiones la asignación básica, las horas extras y el sobresueldo. En aplicación a lo anterior, todas las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso de que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también le serán incluidos como base de liquidación de su pensión. Por lo anterior no hay lugar a la inclusión de los factores salariales solicitados por la demandante, aclarando que el parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 912 de 1989 prohíbe expresamente que a través del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio se paguen las primas de navidad, de servicios, de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones, las cuales quedan a cargo de la entidad territorial como ente nominador, en favor del personal nacional o nacionalizado y territoriales vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989.

En relación con los descuentos en salud, señaló que estos se han realizado de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por medio del cual se crea el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, esto es el 5% de cada mesada incluidas las mesadas adicionales. De otra parte señala que el artículo 81 de la ley 812 de 2003 establece que la tasa de cotización para los docentes afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio es la señalada en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, normas que establecen que el aporte del pensionado es del 12% sobre el valor de la mesada.

3. Audiencia inicial

El 16 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 15 de noviembre de 2017 (f.101).

4.- Alegatos de conclusión

Mediante la misma providencia del 15 de noviembre 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

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se demanda la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución 0454 del 9 de febrero de 2015**, por la cual se reliquidó la pensión vitalicia de jubilación.
- **Resolución 1865 del 1º de abril de 2015**, por medio de la cual se resolvió recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución.
- **Acto ficto negativo** por medio del cual se niega el descuento en salud sobre la primera mesada pensional y descuentos en salud sobre las mesadas adicionales.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación del 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 la primera mesada pensional sin haber sido beneficiado para recibir el servicio y las mesadas adicionales de junio y diciembre de la pensión devengada por el actor, así como la suspensión de dichos descuentos.

HECHOS PROBADOS

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

1. El demandante nació el 8 de febrero de 1948 (fl.2).
2. Mediante Resolución 03148 del 23 de septiembre de 2009, fue reconocida al demandante pensión vitalicia de jubilación, por haber laborado en varias entidades de derecho público y últimamente como docente distrital, efectiva a partir del 3 de noviembre de 2007. En el ingreso base de liquidación se incluyeron: la asignación básica, y una doceava de la prima de vacaciones (f. 2 a 4).
3. Por Resolución 0454 del 9 de febrero de 2015, se reliquidó la pensión por retiro del servicio, a partir del 16 de mayo de 2013 (ff. 10 y 11), decisión contra la que el demandante interpuso recurso de reposición (f. 12), el cual fue negado mediante Resolución 1865 del 1º de abril de 2015.
4. Obra formato único para la expedición de certificado de salarios (ff.23 y 24).
5. De acuerdo con el extracto de pagos aportado a la actuación se observa que se han hecho descuentos en salud sobre la mesada adicional de **diciembre** pagada el 30 de noviembre de cada año (ff. 95 y 96).

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Aspectos previos.

Atendiendo el concepto No. 1614 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala de Consulta y Servicio Civil según el cual: *“La fiduciaria, en este caso, actúa como mandataria que paga conforme a lo ordenado en el acto administrativo y por consiguiente al efectuar el pago, no está reemplazando al ordenador del gasto, pues esta facultad la ejerce el Ministerio con la entrega de los recursos al patrimonio autónomo y la expedición del correspondiente acto administrativo”, es dable*

desvincular a la Fiduciaria la Previsora S. A., por ser competente del manejo de los recursos económicos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que sea su responsabilidad emitir actos administrativos.

Régimen prestacional aplicable a los docentes

La Ley 812 de 2003¹ **“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)² 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”.

Así en el caso que nos ocupa, a partir de la expedición de la Ley 60 de 1993, los docentes territoriales fueron incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, de acuerdo con lo normado en el artículo 6º, que establece que: *<<El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial>>*.

Ahora bien, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989³, 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 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.

Así mismo, para efectos pensionales estableció que para los docentes 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 se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá una pensión de jubilación y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público

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.

² 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.

³ **“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.

nacional, tal y como ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, entre otras en su sentencia del 23 de febrero de 2016 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 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”.

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 1985⁴ 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 1968⁵, 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 2010,⁶ 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 1993⁷ se les aplica la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de ese mismo año.

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

⁴ 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”.

⁵ 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”

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

⁷ 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 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 (...).”

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 anterior⁸, 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 al retiro del servicio.

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.

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

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 pensional⁹.

Así las cosas, para el Despacho no resulta procedente la mixtura de normas, razón por la cual 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

⁸ 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".

⁹ 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, 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**" (negrilla fuera de texto).

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.

Se estima 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 2002¹⁰, 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 en materia parafiscal 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 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, conforme lo ha dicho la H. Corte Constitucional Sentencia C-743 de 2015 así:

“...además del principio de legalidad, el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad (art. 363 CP), que se erigen en parámetros para determinar la “legitimidad del sistema tributario”¹¹. Estos principios se predicen del sistema en su conjunto y no de un impuesto en particular, como se precisa en la Sentencia C-409 de 1996, al advertir:

*“Es cierto que las limitaciones legales pueden también implicar ciertos sacrificios en términos de equidad tributaria concreta, pues el impuesto cobrado puede no corresponder exactamente a la renta efectiva. Sin embargo, esta Corporación había establecido que tales sacrificios no violan la Carta, siempre que no sean irrazonables y se justifiquen en la persecución de otros objetivos tributarios o económicos constitucionalmente relevantes, pues no sólo el Legislador puede buscar conciliar principios en conflicto, como la eficiencia y la equidad sino que, además, tales principios se predicen del sistema tributario en su conjunto, y no de un impuesto específico. **Una regulación tributaria que no utilice criterios potencialmente discriminatorios, ni afecte directamente el goce de un derecho fundamental, no viola el principio de igualdad si la clasificación establecida por la norma es un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente admisible.**”*

31. El principio de equidad tributaria, que es una manifestación específica del principio de igualdad, se concreta en la proscripción de tratos legales tributarios diferentes injustificados, sea porque no hay razón para el trato desigual o sea porque se dé un mismo trato pese a existir razones para dar un trato desigual¹². El principio de equidad puede ser considerado en términos horizontales o verticales. La equidad horizontal implica que el sistema tributario debe dar un mismo trato a las personas que, antes de tributar, tienen la misma capacidad económica, de manera tal que mantengan su paridad luego de pagar sus tributos. La equidad vertical, relacionada con la exigencia

¹⁰ 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).

¹¹ Cfr. Sentencia C-409 de 1996, C-1060 A de 2001, C-397 de 2011 y C-615 de 2013.

¹² Sentencias C-419 de 1995, C-711, C-1170 y C-1060 A de 2001, C-734 de 2002, C-1003 de 2004, C-426 de 2005, C-397 y C-913 de 2011 y C-833 de 2013.

*de progresividad, implica que la carga tributaria se debe distribuir de tal manera que quienes tienen una mayor capacidad económica deben soportar una mayor parte del impuesto*¹³.

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, declaró nulo parcialmente el párrafo 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)¹⁴.

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 diciembre¹⁵.

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.

Devolución descuentos efectuados en la primera mesada pensional

La orden de efectuar descuentos en el primer pago pensional tiene un sustento legal y constitucional que obliga a los pensionados a realizar los respectivos aportes al sistema, aun cuando no se haya recibido un servicio específico por parte del mismo, toda vez que dentro de los principios rectores de la ley de seguridad social se encuentra el de solidaridad, así lo precisó la Corte Constitucional en Sentencia C-546/14:

“(…) El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993, como:

*“(…) la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil. Es deber del estado garantizar la solidaridad en el régimen de seguridad social mediante la participación, control y dirección del mismo. Los recursos provenientes del erario público en el sistema de Seguridad se aplicaran siempre a los grupos de población más vulnerables.”*¹⁶

Así las cosas, atendiendo al principio de solidaridad de la Seguridad Social resulta improcedente la devolución de los aportes en salud realizados sobre el primer pago pensional pese a no haberse recibido el servicio.

Caso concreto Tal y como se dijo en los hechos probados se encuentra acreditado que mediante **Resolución No. 03148 del 23 de septiembre de 2009**, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le fue reconocida al accionante pensión vitalicia de jubilación por haber laborado en varias entidades de derecho público y

¹³ . Sentencias C-419 de 1995, C-261 de 2002, C-397 de 2011 y C-833 de 2013.

¹⁴ Consejo de Estado, la Sección Segunda, Sentencia del 3 de febrero de 2005.

¹⁵ 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

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-546 de 2014, expedientes T-4291638, T-4291650 y T-4291660, acumulados, Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

últimamente como **docente distrital** por los 20 años a más de servicios, con un promedio del 75% del promedio de los salarios devengados en el año de servicios anterior al cumplimiento de la fecha de status de pensional y teniendo en cuenta como factores el sueldo y la prima de vacaciones y efectiva a partir del 3 de noviembre del año 2007

Asimismo, se demostró que por medio de la **Resolución 0454 del 9 de febrero de 2015** se reliquidó su pensión de jubilación por retiro del servicio, con efectividad a partir del 16 de mayo de 2013 (f. 16 y 17). En dicha decisión, se reliquidó la pensión de jubilación con el 75% del sueldo y, la prima de vacaciones devengada en el último año de servicio

Por último, está probado que el demandante tiene la condición de DOCENTE DISTRITAL vinculado desde el 3 de diciembre de 1996, conforme el formato único para expedición de historia laboral obrante a folio 25, 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 de los empleados públicos del nivel nacional.

Como anteriormente se ha señalado, 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 al retiro del servicio, 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.

Ahora bien, en el presente asunto de acuerdo con la certificación obrante a folios 23 y 24 en consonancia con lo mencionado en la Resolución No. 0454 del 9 de febrero de 2015, el año **último año de servicios** corresponde al período comprendido entre el **16 de mayo de 2012 al 15 de mayo de 2013**. 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 especial
Prima de vacaciones (reconocida)
Prima de navidad.

Así las cosas, por simple confrontación directa entre los actos administrativos demandados, Resolución No. 0454 del 9 de febrero de 2015 y Resolución 1865 del 1º de abril de 2015, y la normatividad aplicable, se concluye que estos no se ajustan al ordenamiento jurídico; por el contrario, la normatividad referenciada en esta sentencia y la reiterada jurisprudencia nacional confirman que el correcto proceder de la administración ha debido estar dirigido a reajustar la liquidación de la mesada pensional reconocida al demandante. Por tanto, este Despacho procederá a declarar la nulidad parcial y total de los actos administrativos demandados, respectivamente y se ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho.

Restablecimiento del Derecho

Ya una vez determinada la infracción de las normas alegadas por el accionante a través de los actos administrativos demandados, y a fin de determinarse el consecuente restablecimiento del derecho, procede así la orden de reliquidación de la pensión de jubilación del demandante en cuantía del 75% de lo percibido durante el último año de servicio, esto es del **16 de mayo de 2012 hasta el 15 de mayo de 2013**, incluyendo como factores salariales, además del sueldo y la doceava parte de la prima de vacaciones, la **prima especial y una doceava parte (1/12) de la prima de navidad**; actualizando el valor del

ingreso que sirve de base para el reconocimiento de la pensión, según la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

Es indispensable señalar que, se deberán realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena en esta sentencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal; lo anterior, dado que la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento pensional¹⁷.

Es de subrayar que los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral de la actora desde el momento de su causación, por lo que, en palabras del Consejo de Estado¹⁸, resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, es decir, aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión de la accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor¹⁹, de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Por lo anterior, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre la cuantía del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores, y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que a la demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado. Estos descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas de la demandante, dada la suma de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso monetario, y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente.

Imprescriptibilidad de los aportes al sistema de seguridad social .

A la luz del artículo 48 constitucional²⁰ el derecho a la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible, razón por la cual los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social son imprescriptibles y sobre ellos no opera la caducidad, por lo que pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento puesto que ni la administración ni los particulares pueden sustraerse a su pago ya que ello repercute en el derecho de acceder a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado quien con ocasión de una acción que pretendía la declaratoria del contrato realidad sobre la obligación del pago de aportes a seguridad social precisó:

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).Actor: Luis Mario Velandía Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Autoridades Nación.

¹⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00641-01(4521-13) Actor: Gustavo Camargo Rincón Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

¹⁹ En tal caso podrá repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo.

²⁰ Constitución Política ARTÍCULO 48. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante...

“Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.”²¹

En posterior pronunciamiento este alto tribunal reiteró:

Ahora bien, pese a la regla general anterior, esta Corporación ha entendido que los aportes al sistema general de seguridad social en pensión se encuentran excluidos no solo de la caducidad sino también de la prescripción, por tratarse de derechos irrenunciables, ciertos e indiscutibles, así lo reiteró en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²² al indicar: «[...] no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.”²³

Consideramos que los aportes de seguridad social se apartan a las disposiciones del derecho civil o del derecho tributario razón por la que no es procedente aplicar dichas normas por analogía, de hecho las disposiciones del derecho civil se centran en la **facultad dispositiva** del acreedor frente al deudor razón por la que las reglas relativas a la prescripción se extienden a favor o en contra de las personas que tiene la libre administración de sus bienes.

Los aportes al sistema de seguridad social no pertenecen al empleador o al trabajador o al administradora tal como lo señala el artículo 2º de la ley 797 de 2003 que modifica el artículo 13 de la ley 100 de 1993 cuando indica que los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la nación, ni a las entidades que los administran; los aportes al sistema de seguridad social, son aportes parafiscales, es decir no son impuestos o tasas ni son en palabras de la Corte constitucional (sentencias C-575 de 1992 y C-1179 de 2001) una contraprestación salarial, razón por la que sus recursos no pueden destinarse a fines distintos a los previstos por la ley y en ese sentido no son dineros de libre disposición, puesto que los dineros de la seguridad social garantizan la solidaridad, la protección y asistencia de las personas de la tercera edad que aseguran su mantenimiento en condiciones dignas.

En este orden, las entidades administradoras pueden hacer exigibles en cualquier tiempo los aportes con los cuales se financia la pensión, luego el pago de los aportes son obligatorios hasta el momento en que el afiliado cumpla las condiciones para acceder a la pensión de vejez y siendo un requisito para acceder al derecho pensional goza al igual que

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil
Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

²² Consejo de Estados, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) SE.088, Radicación número: 13001-23-31-000-2008-00283-01(0043-13), Actor: Fidias Miguel Álvarez Marín, Demandado: Academia de Historia de Cartagena de Indias y Otro

el derecho pensional de la prerrogativa de ser irrenunciable e imprescriptible, puesto que uno no puede surgir sin el otro al ser un elemento núcleo del sistema pensional

Prescripción: 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.

Como quiera que la demandante se retiró del servicio a partir del 16 de mayo de 2013 y presentó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación el 31 de marzo de 2014, no operó el fenómeno de prescripción.

En consecuencia, se ordenará la reliquidación y pago de la mesada pensional **a partir del 16 de mayo de 2013**, día siguiente al de retiro del servicio y así se ordenará en el resuelve.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. Sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir**; pues esta es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir con su obligación de pago.

Procedencia de los descuentos en salud en las mesadas adicionales

Quedó demostrado que la pensión reconocida al aquí actor viene siendo pagada a través de la Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que sobre esta se han venido realizando los descuentos en salud en la mesada adicional de **diciembre**, aclarando que esta última se ve reflejada en el mes de noviembre, conforme se acredita con los extractos de pago obrantes a folios 95 y 96 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 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. 03148 del 23 de septiembre de 2009**, efectiva a partir del 3 de noviembre de 2007, la solicitud de reintegro y suspensión de las mesadas adicionales se presentó el **24 de febrero de 2015**, 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 desde el 24 de febrero de 2015 ordenándose el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de diciembre, a partir del día **24 de febrero de 2012**.

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 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.

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 Proceso²⁴, 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 Estado²⁵ 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.

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>>
²⁶

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

²⁴ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo 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.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

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 LA NULIDAD PARCIAL de la **Resolución No. 0454 del 9 de febrero de 2015** que reliquidó la pensión de jubilación del demandante por retiro del servicio y **TOTAL** de la **Resolución 1865 del 1º de abril de 2015**, que confirmó la decisión de reliquidación sin tener en cuenta todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión de jubilación del señor FABIO BERMÚDEZ LOMELÍN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.623.200, en cuantía del 75% de lo percibido durante el año anterior a la fecha de adquisición de su status pensional, esto es 16 de mayo de 2012 a 15 de mayo de 2013, incluyendo como factores salariales además del sueldo, y la doceava parte (1/12) de la prima de vacaciones, la **prima especial y una doceava parte (1/12) de la prima de navidad.**

La reliquidación ordenada estará condicionada a la elaboración, por parte de la entidad demandada, de una fórmula actuarial cuya proyección permita la efectividad del derecho reclamado por el demandante en términos razonables, de conformidad con las pautas expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- ORDENAR que una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas. El **pago** de las diferencias que resulten del valor del reajuste de la pensión de jubilación de que trata el numeral anterior, con los reajustes pensionales previstos en la ley sobre lo ya liquidado y efectivamente cancelado, procederá **a partir del 16 de mayo de 2013**, de acuerdo a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.- DISPONER que de las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. Sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir**; pues esta es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir con su obligación de pago.

SEGUNDO.- DESVINCULAR A LA FIDUPREVISORA, 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 diciembre y **CONDENAR** a la **NACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a **RESTITUIR** a favor del señor **Fabio Bermúdez Lomelín**, 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 **24 de febrero de 2012**, 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.

QUINTO.- NEGAR el reintegro solicitado en la pretensión 3.2 del escrito de la demanda, con base en las consideraciones ya expuestas.

SEXTO.- 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:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora 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.

SÉPTIMO.- 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.

OCTAVO.- 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

NOVENO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

DÉCIMO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con una copia de la sentencia +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 del fallo 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