



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

23 OCT 2019
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-358-00
Demandante: ALMA ARGENTINA MARIN
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FOMAG
Tema: Reliquidación Pensión Invalidez -

Sentencia N. 119

Procede a dictar de forma escrita SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia teniendo en cuenta las siguientes:

Pretensiones

1. Se declare la nulidad de la Resolución 2266 del 2 de marzo de 2018, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá -, mediante la cual se niega una solicitud de reliquidación pensional y la devolución de los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre
2. Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento el derecho, se ordene reliquidar la pensión por invalidez con la inclusión de todos los factores salariales devengados al momento de adquirir su status y la devolución de los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales
3. La indexación sobre las sumas de dinero adeudadas, aplicando el IPC desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, la causación de intereses moratorios a partir de la ejecutoria, el cumplimiento de la sentencia conforme a lo establecido en el artículo 187,192 y ss del CPACA.
4. Se condene en costas a las accionadas de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

Tesis de la demandante

La demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 100% y reconocimiento pensional desde el 25-08-17 con una tasa de reemplazo del 100% de su salario conforme con la ley 1562 de 2012. En el caso señala que se ha dejado de aplicar el artículo 15 de la ley 91 de 1989, de manera equivocada la ley 812 de 2003 y el decreto 1655 de 2015, arguye que conforme la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 tiene derecho a que su pensión sea reliquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio independiente de que la entidad nominadora los hubiera tenido en cuenta para liquidar los aportes al sistema de seguridad social

Tesis del demandado.

A la demandante le fue reconocida una pensión en vigencia del decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003 considerando como factores salariales la asignación básica, el sobresueldo y las horas extras, devengados al momento de su estatus 11 de julio de 2005 que son los mismos al momento de su retiro 16 de agosto de 2005

Referente a la devolución de los aportes en salud de las mesadas adicionales, señala que, la solicitud se torna en inviable como quiera que la ley 91 de 1989 señala que parte de sus recursos provienen de los descuentos de cada mesada pensional que pague el fondo, incluidas las adicionales como aportes de sus pensionados, máxime si se tiene en cuenta las garantías brindadas al magisterio colombiano no solo en salud sino en el régimen prestacional que los cobija.

Problema jurídico consiste en establecer si debe declarar la nulidad de los actos demandados por no incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a su retiro conforme con la ley 91 de 1989 por encontrarse vinculado con anterioridad

MML

a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003 o si por el contrario no se debe anular los actos demandados porque la liquidación de la pensión debe hacerse con el decreto 3752 de 2003 considerando como factores la asignación básica, el sobresueldo y las horas extras, devengados al momento de su retiro, 16 de agosto de 2005.

El segundo problema jurídico consiste en establecer si es procedente declarar la nulidad del acto demandado por la derogatoria del inciso 5 del artículo 8 de la ley 91 de 1989 por parte del inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 el cual remite a la ley 100 de 1993 el tema de los descuentos en salud y la aplicabilidad de la ley 43 de 1984 y el párrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002 en donde se prohíbe descuento alguno sobre las mesadas pensionales adicionales o si por el contrario, como lo señala la entidad demandada, es procedente realizar los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales conforme con el inciso 5º del artículo 8 de la ley 91 de 1989 porque el inciso 4 del artículo 81 de la ley 812 de 2003 solo reguló el valor total de la tasa de cotización por parte de los docentes afiliados al Fondo Nacional a la suma de aportes que para salud establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, sin modificar la obligación de los afiliados a aportar sobre las mesadas adicionales

Solución al 1er problema jurídico Considera el despacho que se debe aplicar la voluntad del legislador razón por la que la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante corresponde al 100% del promedio de los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio

La solución al segundo problema jurídico.- es procedente declarar la nulidad del acto demandado dado que la interpretación más acorde con la Constitución Política, especialmente con el derecho a la igualdad es la de que en el ejercicio de la autonomía legislativa la Ley 812 de 2003 determinó la regulación de la cotización en salud sobre las mesadas ordinarias mas no sobre las mesadas adicionales las cuales son una prestación separable del sistema especial por la que la prohibición del régimen general es aplicable también a los docentes de conformidad con la ley 43 de 1984 y el artículo 1 del decreto 1073 de 2002

Hechos probados

- Por resolución 3731 del 12 de agosto de 2005, la demandante es retirada del servicio por invalidez a partir del 16 de agosto del mismo año.
- Resolución 944 del 22 de febrero de 2007, por medio del cual se ajusta una pensión de invalidez con ocasión al ascenso de la docente en el escalafón nacional en el grado 9 considerando como factores salariales la asignación básica en un 100%
- certificaciones salariales de la demandante de los años 2004 y 2005 folio 24 en donde se registra que devengaba un sueldo de 984.560 pesos, una prima de alimentación de 28.805, una prima especial de 150 pesos una prima de navidad y de vacaciones, considerando como factores sobre los cuales se cotiza al SGSS el sueldo la prima de alimentación y la prima de vacaciones .
- certificaciones de descuentos por salud a las mesadas adicionales de junio y diciembre folio 14
- certificado de historia laboral en donde se registra que la docente inicio sus labores desde el 26 de junio del año 1996 folio 25

Pensión de invalidez- Régimen docente

La pensión de invalidez es una prestación que tiene como finalidad la protección del trabajador que se encuentra disminuido por una contingencia física o mental que le impide el correcto desempeño en sus labores, y por lo tanto se da aplicación a la norma que le rige a cada persona.

Tratándose del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, a favor de un docente oficial, resulta necesario verificar el momento de su vinculación al servicio para efectos de determinar el régimen pensional aplicable. En efecto, si la vinculación al servicio se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el régimen aplicable es el vigente con anterioridad a esa fecha si, por el contrario, la vinculación se registró con posterioridad, no hay duda que el régimen aplicable será el general en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993. En este punto, debe precisarse que cuando la Ley 812 de 2003 hace alusión al régimen anterior, esto es, para los docentes que venían vinculados antes de la

entrada en vigencia de la citada norma, dicha norma se refiere finalmente a lo dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968 y los Decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en cuanto estos contemplan el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor de los servidores públicos que experimentaran una pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 75%. La liquidación de la prestación pensional por invalidez reconocida a un docente oficial debe tener en cuenta, en su ingreso base de liquidación, la totalidad de los factores salariales devengados por éste durante el último año en que prestó efectivamente sus servicios. Lo anterior, en consideración a lo dispuesto en la Ley 65 de 1946, Decreto 1848 de 1969, la Ley 4 de 1966, el Decreto 1743 de 1966.

Ahora los vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, al 27 de junio de 2003, se regirán por el régimen pensional de prima media con prestación definida, previsto en la Leyes 100 de 1993¹ y 797 de 2003².

Respecto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila³, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión se adoptó en consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda, al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945.

Referente al tema la Sala Plena del Consejo de Estado replanteó su tesis mediante Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortés y, señaló de manera clara que la regla referente al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la primera subregla que tiene que ver con el periodo de liquidación de la pensión no resulta aplicable a los docentes oficiales afiliados al Fonpremag y en la segunda (2a) subregla aclaró que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiados con la ley 33 de 1985 son únicamente aquellos factores sobre los que se haya realizado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones, lo anterior, con fundamento en el artículo 48° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho y en consonancia con el acto legislativo 01 de 2005 cuyo inciso 6o expresamente dispone que "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".

Consideramos que se debe aplicar la voluntad del legislador razón por la que la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante corresponde a la totalidad de los factores salariales que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio conforme con el artículo 23 del decreto 3135 de 1968 al sufrir una pérdida de la capacidad laboral en un 96%

Así lo determinó la sentencia unificada del Consejo de Estado del 15 de mayo de 2019⁴ con ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés

...De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo

¹ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

² Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

³ Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luis Mario Velandia.

⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 Sentencia del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19

mm

oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así: a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones..."

Efectos retrospectivos de la sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 Retomando lo indicado en Sala Plena, la anterior sentencia unificada de la sección segunda acudió al método de aplicación retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que es obligatorio para todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Los efectos de la decisión, dice el fallo, garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia unificada. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

Caso concreto:

La Resolución de reconocimiento fijó un porcentaje del 100 % de su asignación básica, de acuerdo con el certificado médico expedido por RED SALUD IPS del 11 de julio de 2005, en el cual se indica que la docente presentó una pérdida de la capacidad laboral en un 96% .

El artículo 23 del Decreto 3135 de 1968 estableció que en los eventos en que un servidor público experimentara una pérdida igual o superior al 95% de su capacidad laboral tendría derecho al reconocimiento y pago de una prestación pensional por invalidez, equivalente al 100% del último sueldo mensual devengado.

En lo que se refiere al cálculo del monto de la referida prestación pensional, el Consejo de Estado ha sostenido que resulta necesario acudir a las disposiciones previstas en el Decreto 1045 de 1978, dado que el citado Decreto 3135 de 1968 no establecía los factores a tener en cuenta la momento de liquidar una prestación pensional por invalidez.

El artículo 45 del decreto 1045 de 1978, señala como factores de salario para la liquidación las pensiones, los siguientes:

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;

(Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia No. 91 de 1986)

- 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;

(Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia No. 91 de 1986)

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 inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

Teniendo en cuenta que al momento de liquidar la pensión por invalidez no se tuvo en cuenta la prima de alimentación, la prima de vacaciones y la prima de navidad es dable anular parcialmente el acto demandado para efectos de que la entidad reliquide la pensión por invalidez considerando los factores señalados por el decreto 1045 de 1978, esto es con la asignación básica, prima de alimentación y, en una doceava parte las primas de navidad y vacaciones, en un 100%

Teniendo en cuenta la certificación salarial del último año de servicio 2004-2005 los factores sobre los cuales se cotizo al SGSS, fueron el sueldo, la prima de alimentación y la prima de vacaciones. En ese orden de ideas, la omisión en que incurrió la entidad demandada desconoce, el régimen prestacional aplicable al actor y, en consecuencia, vulnera el derecho que a éste le asistía de disfrutar de una prestación pensional cuyo ingreso base de liquidación tuviera en cuenta además de la asignación básica la prima de alimentación y la doceava de la prima de navidad y de vacaciones.

En este último punto, estimo conveniente recordar que la liquidación de la pensión debe estar, en todo caso, de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que como quiera que no fue objeto de descuento, la prima de navidad ello no da lugar a su exclusión, sino a que la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes, al momento del reconocimiento.

Tal ha sido la filosofía del Legislador, que actualmente se ha elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, en el sentido de establecer que para efectos de la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Máxima que implica a partir del año de 2005 que sobre todos los factores que constituyen base para liquidar la pensión deban realizarse los respectivos aportes, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, estimamos que la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad de la Resolución No. 2266 de 2018

Prescripción el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 (reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 – artículo 102), señala que las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. Ver: Artículo 102 Decreto Nacional 1848 de 1969 *mm*

De la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que a la demandante le fue reconocido el derecho pensional a partir del 16 de agosto de 2005, presentando la reclamación de reliquidación pensional el 31 de julio de 2017, por tanto se ordenará la reliquidación y pago de la pensión de invalidez a partir de el 31 de julio de 2014.

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

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula siguiente, que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 178 del C.C.A., hoy inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las suma que dejó de recibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago⁵. 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.

La entidad de previsión social debe realizar los descuentos dejados de realizar al SGSS sobre la prima de navidad, al momento del reconocimiento.

Solución al segundo problema jurídico. Análisis de la disposición normativa, estudio sobre la violación al derecho a la igualdad y, la prohibición del régimen general de realizar cualquier descuento sobre las mesadas adicionales tal como se dispone en el parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002

El artículo 8º de la Ley 91 de 1989 posibilita 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 incrementa la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados quienes asumen la totalidad de la cotización del 12%, toda vez que la norma remitió el asunto a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Sobre este tema es dable anotar que la Ley podía ordenar a los pensionados asumir integralmente la cotización en salud. En efecto, la sentencia C-126 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero, declaró exequible el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que precisamente establece esa obligación en cabeza de los pensionados. La Corte consideró que, en desarrollo del principio de solidaridad (CP art. 1º), y con el fin de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, bien podía la ley ordenar que los pensionados asumieran esa cotización, teniendo en cuenta la reducción del número de trabajadores activos por pensionado, y que en el momento en que la persona reúne los requisitos para acceder a la pensión, entonces cesa su obligación de cotizar por tal concepto, y por ello, "y sin que existan equivalencias matemáticas, la disminución del ingreso del jubilado, por cuanto debe asumir integralmente su cotización en salud, es en parte compensada por el hecho de que cesa la obligación de aportar para pensiones".

En esas circunstancias, señaló la Corte que no es inconstitucional que la norma acusada hubiera ordenado a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cubrir toda su cotización en salud.

⁵Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No. 5116-05.

El interrogante que subsiste es si la norma debió o no prever una regulación igual que en el régimen general que prohíbe descuento alguno sobre las mesadas pensionales adicionales (parágrafo del artículo 1 del decreto 1073 de 2002⁶)

¿Hubo una presunta omisión legislativa? ¿el Congreso tenía la obligación de establecer para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que se han regido por un régimen de seguridad social específico, un mecanismo idéntico que prohíba descuento alguno sobre las mesadas adicionales tal como lo ordena el artículo 1 del decreto 1073 de 2002 establecido para los pensionados del régimen general de seguridad social?

El demandante considera que la ley tiene que tratar de la misma manera a los pensionados del sistema general y a los pensionados del régimen especial docente, por esta razón el incremento de la cotización y su remisión a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, tiene como efecto la derogatoria tácita del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989.

La Carta Política no establece diferenciaciones dentro del universo de los pensionados. Por el contrario, consagra la especial protección de las pensiones y de las personas de la tercera edad. No obstante, el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios. Es el caso del establecimiento de un régimen pensional especial para la protección de los derechos adquiridos por un determinado sector de trabajadores.

El respeto por los derechos adquiridos reviste aún mayor fuerza en tratándose de derechos laborales, pues el trabajo y la seguridad social gozan de una especial protección por parte de la Carta. Por este motivo, es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general.

Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta⁷

Un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente la Corte ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio. Por ello, ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente

⁶ **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 las mesadas adicionales.

Art. 50 Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión

Art. 142 Expresiones tachadas INEXEQUIBLES> Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, **cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988**, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelara con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

⁷ Sentencia C-461 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamentos 4 y 5. Criterio reiterado, entre otras, en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999 y C-080 de 1999.

compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos. Y por ello se ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normalidad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica⁸. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social.

Sin embargo, la Corte ha precisado que lo anterior no significa que sea imposible formular cargos de igualdad por eventuales discriminaciones que hayan podido ser ocasionadas en un régimen especial. Y precisamente con ese criterio, por ejemplo la sentencia C-461 de 1995 condicionó la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pues consideró que esa norma, al exceptuar a los docentes del régimen de seguridad social general, había excluido a algunos pensionados afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la mesada adicional, sin prever para esos docentes un beneficio igual o equivalente a la dicha mesada adicional, lo cual era discriminatorio.

En principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a las otras prestaciones. Por ejemplo, la concesión de un tratamiento médico para ciertas dolencias puede, en muchos casos, no ser separable del conjunto de prestaciones previstas para la salud, por cuanto el régimen provee en general un paquete general de servicios. Así, el régimen de salud de un régimen especial puede ser globalmente superior, aunque sea menos benéfico en relación a un determinado servicio concreto, sin que por ello exista violación a la igualdad. Pero en cambio, la mesada pensional adicional o la pensión de sobreviviente del cónyuge supérstite gozan de suficiente autonomía para ser consideradas prestaciones individualizables y separables del conjunto del sistema pensional, por lo cual ha sido procedente en tales eventos un examen específico de una eventual violación a la igualdad, debido a una regulación distinta en el sistema general de seguridad social y en los regímenes especiales.

Análisis interpretativo. En este orden de ideas, considerando que la mesada adicional es una prestación separable del conjunto del sistema pensional, no es dable argumentar que por ser beneficiario del sistema especial docente es procedente descontar los aportes al sistema de seguridad social sobre dichas mesadas pues esto es un trato discriminatorio frente a una población similar que recibe una mesada adicional sin ningún descuento por esa razón es aplicable la prohibición establecida en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002.

Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente.⁹

⁸ Ver, entre otras, las sentencias C-1032 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999, Fundamento 3, C-080 de 1999 y T-348 de 1997.

⁹ Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado en las sentencias C-941 de 2003, C-1032 de 2002, C-835 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999.

En el caso en estudio no encuentra el despacho que ante el pago adicional de aportes por salud en las mesadas adicionales el régimen especial docentes se haya previsto un beneficio superior al régimen general que prohíbe cualquier descuento sobre la mesada adicional, luego es notorio el trato desigual ante la inferioridad del beneficio que se pretende con el pago y la carencia de compensación es evidente puesto que el pensionado docente no recibe un resarcimiento adicional a dicho descuento lo cual va en contravía de la prestación aunado a que el aporte por concepto de salud se ha pagado con el descuento realizado la mesada ordinaria.

Así las cosas se debe entender que los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud los cuales tienen el carácter de contribuciones parafiscales, solamente se pueden hacer sobre las mesadas ordinarias puesto que existe una prohibición de cualquier descuento sobre las mesadas adicionales en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002.

Los aportes al sistema de salud por ser un gravamen que incide sobre la mesada pensional debe estar ordenado de manera clara en ley que así los establezca, en virtud del principio de legalidad, que debe permear toda contribución.

Tal apreciación ha sido considerada por la Corte Constitucional en Sentencia C-430 de 2009, de la siguiente forma:

"La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha atribuido a las cotizaciones efectuadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, el carácter de contribuciones parafiscales, definidas como gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley para un determinado sector, en que tales recursos se utilizan en su beneficio. Las contribuciones parafiscales no son otra cosa que un instrumento de intervención del Estado en la economía destinado a extraer recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, y en tanto gravámenes, se encuentran ineludiblemente sujetas a los principios de legalidad y reserva de ley, progresividad, equidad y eficiencia como cualquier otro tributo." (C-430 de 2009).

Estimamos que hubo una derogatoria del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 razón por la que, para el tema en estudio, debe darse total aplicación a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y, como quiera que el objeto de la disposición normativa fue establecer una contribución uniforme para todos los pensionados es entendible que dicha contribución sea sobre la mesada ordinaria, mas no sobre las mesadas adicionales.

Teniendo en cuenta que las mesadas adiciones son una son una prestación separable al sistema especial la prohibición del régimen general establecido en el artículo 1º del decreto 1073 de 2002 es aplicable a los docentes.

Para el despacho es dable entender que si el legislador quiso establecer una misma contribución parafiscal para los pensionados esto ha sido en virtud del principio de igualdad frente a una población con características similares, en este caso, los pensionados del régimen general frente a los pensionados docentes, 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.

Referente a este tema 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 por las siguientes razones: ¹⁰

"..Es de anotar que la Sala se pronunció acerca de la supresión del pago adicional de junio en relación con los docentes oficiales, mediante el Concepto No. 1857 del 22 de noviembre de 2007, razón por la cual, en esta ocasión, se remite a lo allí expresado sobre el particular.

¹⁰ 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 Posición reiterada en del 11 de marzo de 2010 con radicación No. 11-001-03-06-000-2010-00009-00 Consejero Ponente William Zambrano Cetina

Ahora bien, en cuanto a las cotizaciones, la ley 100 de 1993 establece en el artículo 204 lo siguiente:

"Artículo 204.- Monto y distribución de las cotizaciones.- Inciso primero, modificado por el artículo 10 de la ley 1122 de 2007.- La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8,5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual solo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%). Inciso segundo.-

Inciso adicionado por el artículo 1° de la ley 1250 del 27 de noviembre de 2008.- La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, (la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008)¹¹.

Inciso segundo original de la ley 100/93.- Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-577 de 4 de diciembre de 1995. (...) (Resalta la Sala).

En el punto que interesa a la consulta, se observa que el inciso adicionado por la ley 1250 de 2008 dispone que la cotización mensual de los pensionados es del 12% de la respectiva mesada pensional, con lo cual se advierte que esta cotización se descuenta de las mesadas pensionales ordinarias, esto es, las que se pagan por las mensualidades del año, no por la mensualidad adicional de diciembre o el pago adicional de junio.

En otras palabras, la cotización del 12% del mes de junio, por ejemplo, se toma "de la respectiva mesada pensional", como dice la norma, es decir, de la mesada de junio, de la mesada correspondiente a ese mes, no del pago adicional de junio, para el caso de los pensionados que dentro del régimen pensional analizado, tienen derecho a este pago.

Lo mismo sucede con la cotización de diciembre, ésta se descuenta sobre la mensualidad pensional ordinaria de diciembre, no sobre la mensualidad adicional que se paga en ese mes.

El artículo 27 del Código Civil¹² establece como criterio de interpretación jurídica la literalidad de la norma cuando es clara, como sucede en el presente caso, ya que el inciso adicionado al artículo 204 de la ley 100 de 1993 por el artículo 1° de la ley 1250 de 2008, que es la norma aplicable a los docentes del segundo régimen pensional, conforme a lo explicado, establece claramente que la cotización mensual para salud de los pensionados se toma de la respectiva mesada pensional, esto es, de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional.

La disposición emplea las expresiones "mensual" para calificar a la cotización y "respectiva" para referirse a la mesada pensional, con lo cual está haciendo alusión evidentemente a la cotización que se paga ordinariamente en el mes, no se refiere en ningún momento, a cotizaciones derivadas del pago o la mensualidad adicionales que existen en los meses de junio y diciembre, según el caso, pues si así fuera lo hubiera dicho y no habría utilizado las mencionadas expresiones...."

Ahora bien, desde la ley 43 de 1984, norma que se ocupó de la clasificación de las organizaciones de pensionados por servicios prestados en el sector privado y en todos los órdenes del poder público, el legislador tuvo a bien prohibir los descuentos sobre la mesada pensional adicional de diciembre, establecidos por el artículo 90 del decreto 1848 de 1969, es decir, el aporte para salud.

La Ley 43 de 1984 dispuso:

"ARTICULO 5o. A los pensionados a que se refiere la presente ley, no podrá descontárseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del decreto 1848 de 1969; tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional.

Las mensualidades que devengan los pensionados a que se refiere la presente ley tendrán las exenciones tributarias de ley."

Mediante el Decreto 1073 de 24 de mayo de 2002, por el cual se reglamentan las Leyes 71 y 79 de 1988, y se regulan aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media, se estableció la prohibición de realizar descuentos sobre las mesadas que se consideran adicionales, así:

"Artículo 1°. 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 las mesadas adicionales."

Este artículo fue declarado nulo parcialmente por el H. Consejo de Estado, en la Sentencia de fecha 3 de febrero de 2005 y se dispone solo respecto a la mesada adicional gobernada por el artículo 142 de la Ley 100

¹¹ La parte entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-430 de 2009, con efectos desde el 27 de noviembre de 2008.

¹² Código Civil.- "Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)".

de 1993 (la del mes de junio).¹³

A su vez, el artículo 16 del Decreto 732 de 1976 reglamentario de la Ley 4ª de 1976 señalaba que para la cobertura de las prestaciones en él establecidas, los funcionarios y empleados contribuirán al sostenimiento de la Caja Nacional de Previsión Social con un tercio del valor del sueldo mensual del respectivo cargo como cuota de afiliación y un cinco por ciento del valor del sueldo mensual del respectivo cargo, como cuota periódica ordinaria.

El artículo 7º de la Ley 42 de 1982 "Por la cual se determinan los Grados de las Organizaciones Gremiales de los Pensionados y se dictan otras disposiciones" prohibió todo descuento a la mensualidad adicional de diciembre creada por el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976, tanto a las organizaciones gremiales, como a las entidades encargadas del pago de pensiones¹⁴. Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984¹⁵.

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 puesto que la voluntad del legislador fue regular "... El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezca las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003..." resaltando que el legislador no señala el valor parcial de la tasa de cotización para ser completada por otra disposición normativa y entendiendo que la tasa de cotización es realizada en la pensión de la del respectivo mes, no de un concepto distinto, como sería una mensualidad o pago adicional, tal como lo interpretó la Sala de Consulta y Servicio Civil

Según la Real Academia Española de la lengua la palabra TOTAL viene del latín *mediev totalis*, y este derivado el latín *totus* 'todo entero' y significa el Resultado de una suma u otras operaciones; así las cosas considera el despacho que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, luego no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es dable el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG.

Caso concreto

El demandante solicitó ante la secretaria de educación el 13 de julio de 2017 el reintegro de los descuentos por salud sobre las mesadas adicionales.

A folio 14 y ss del expediente encontramos extractos de pagos de la demandante en donde se observa que se hacen descuentos por salud sobre las mesadas adicionales en los meses de junio y diciembre

Como anteriormente lo he señalado considero que en el ejercicio de la autonomía legislativa se determinó que la contribución parafiscal estuviera regulada en su totalidad en los términos de las leyes 100 de 1993 y 797 de 1993, razón por la que no es procedente señalar que en consonancia con el régimen docente es procedente el descuento para la mesadas pensionales adicionales cuando dicha ley fue derogada por el legislador al regular de manera integral la tasa de cotización de los docentes afiliados al FOMAG, adicionalmente, siendo una prestación separable del sistema está prohibido en los términos del artículo 1 del decreto del decreto 1073 de 2002 realizar algún tipo de descuento.

¹³ ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual".

¹⁴ARTÍCULO 7o. La mensualidad adicional de que trata el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones.

¹⁵ "Artículo 5º.- A los pensionados a que se refiere la presente Ley, no podrá descontarseles de su mensualidad adicional de diciembre la cuota del 5% de que trata el ordinal 3o. del artículo 90 del Decreto 1848 de 1969: tampoco podrá hacerse descuento alguno sobre dicha mensualidad adicional".

En consecuencia, se ordenará suspender los cuestionados descuentos en salud y restituir las sumas a partir del mes de noviembre del año 2014 por prescripción trienal.

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 artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece 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". El numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar 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 Proceso¹⁶, 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.

Referente a este tema el Consejo de Estado¹⁷ ha señalado, 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.¹⁸

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas de una parte dado que no se han probado su valor y de otra por no evidenciar temeridad o mala fe en la actuación desplegada por la entidad.

III. DECISIÓN

¹⁶ 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.

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

¹⁸ 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 costas (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"

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 PARCIALMENTE LA NULIDAD de la Resolución No. 2266 del 2 de marzo de 2018, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.-Como consecuencia de la anterior, a título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, reliquidar la pensión de jubilación de Alma Argentina Marin Rojas identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.639.569, con un porcentaje del 100% de lo devengado en el último año de servicio 2004-2005 considerado además de la asignación básica, la prima de alimentación y la doceava parte de la prima de navidad y vacaciones en los términos del artículo 45 del decreto 1045 de 1978.

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 los descuentos que la entidad debe realizar al sistema por incluirse la doceava parte de la prima de navidad y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto a partir del 14 de julio de 2014 por prescripción trienal.

Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero Respecto de los valores que resulten a favor de la parte, debe aplicarse la fórmula siguiente, que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 178 del C.C.A., hoy inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las suma que dejó de recibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago¹⁹. 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.

La entidad de previsión social debe realizar los descuentos dejados de realizar al SGSS sobre la prima de navidad, al momento del reconocimiento

TERCERO.- ORDENAR al Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio- la suspensión de los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales de julio y diciembre de la demandante, así como el reintegro de tales aportes a partir del mes de noviembre de 2014, por prescripción

CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda

QUINTO.- 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.

SEXTO.- 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

¹⁹Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No 5116-05.

Expediente: 110013335017201800358
Demandante: Alma Argentina Marin Rojas
Demandado: Ministerio de Educación – FOMAG

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.

SÉPTIMO.- SIN COSTAS en esta instancia.

OCTAVO: 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) 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 MÁTILDE ADAIME CABRERA
JUEZ