



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

---

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.

Acta No. 089 DE 2018

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 110013335-017-2016-0042400  
**Demandante:** Luis Jairo González Garavito  
**Demandado:** Ministerio de Educación Nacional  
**Tema:** Reliquidación pensional docente  
**Sala:** 2

Sentencia No. 86

En Bogotá D.C., a los trece (13) días del mes de agosto de 2018, siendo las **8:30 am**, la suscrita Juez **17** Administrativo Oral de Bogotá declara formalmente abierta la presente AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Luis Jairo González Garavito, en el radicado 110013335-017-2016-00424-00 en contra del **Ministerio de Educación Nacional --FOMAG.**

**Presentación de las partes intervinientes**

**Apoderada del demandante:** Jhennifer Forero Alfonso, con cédula de ciudadanía No. 1.032.363.499. y T. P. No.230581 del C.S. de la Judicatura, autoriza notificaciones al correo electrónico: [colombiapensiones1@hotmail.com](mailto:colombiapensiones1@hotmail.com)

**Apoderada del Ministerio de Educación:** JENNIFER LÓPEZ IGLESIAS identificada con cédula de ciudadanía 1.022.360.598 y T.P. 246.167 del C.S.J. a quien se reconoce personería conforme al poder de sustitución de conformidad con el poder que aporta en audiencia, autoriza notificaciones al correo electrónico. [notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co),

Se deja constancia de la no asistencia del Ministerio Público Dr. Álvaro Pinilla Galvis Procurador 87 judicial I en asuntos administrativos

**(Min.00.07.14)** Se reconoce personería jurídica a la apoderada de la demandada mediante **auto de sustanciación No. 624** Se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

**Saneamiento (Min.00.11.35)** El Despacho no observa vicios o irregularidades que invaliden lo actuado en el proceso bajo estudio; esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.705** y queda notificada en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

**Excepciones (Min.00.30.00)** Dentro del término de traslado, conforme las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A, el apoderado de La Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fomag., no contestó la demanda por tanto no hay excepciones que resolver respecto de estas entidades. Tampoco encuentra el Despacho excepciones previas que deban resolverse de oficio. Esta decisión queda notificada en estrados mediante auto

interlocutorio 706, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

#### **Fijación del litigio (Min. 00.39.30) Pretensiones de la demanda**

1. Se declare la nulidad de las **Resoluciones 6640 del 26 de septiembre de 2016**, la cual negó el ajuste de una pensión de jubilación.
2. Como consecuencia de lo anterior condenar a la demandada a que profiera el acto administrativo que reconozca y pague la **inclusión de todos los factores** devengados en el último año, anterior al status pensional y **el reintegro de los valores descontados** para salud en las mesadas adicionales desde que se causó la mesada pensional hasta el momento de la sentencia, así como **suspender y restituir los descuentos** por Seguridad Social sobre la mesada pensional adicional de diciembre que se cause a partir de la sentencia.
3. Condenar a la demandada a reconocer y pagar a favor de la accionante el valor de los reajustes que se causen por los conceptos ya referidos, desde el momento en que se reconoció la pensión, descontando lo ya cancelado.
4. Condenar a reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudado por concepto de reliquidación de pensión, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo, conforme lo establecido en los artículos 187 y 192 del CPACA.
5. Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

**Normas Violadas y Concepto De Violación:** El demandante invocó los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53 y 228 de la Constitución Política, la 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 y demás normas concordantes.

Consideró que de acuerdo con las normas que cita, fueron transgredidas por el Fomag al negar la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores, teniendo en cuenta que el accionante cumplió con los requisitos legales para ser beneficiario de la pensión de jubilación regida por régimen especial, en cuantía equivalente al 75% del salario mensual devengado en el año anterior al status del servicio por cual se le debió aplica el régimen prestacional anterior que es el establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, teniendo en cuenta la fecha de vinculación del demandante al magisterio.

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.

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 el aporte a salud, es sobre la mesada mensual y no sobre las adicionales.

**Contestación de la demanda.** La entidad accionada guardó silencio

**Problema jurídico (Min.00.41.09)** 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 status** pensional y si es procedente ordenar la devolución, suspensión y reintegro de los descuentos realizados por concepto de salud en las mesadas adicionales de diciembre de la pensión devengada por el actor.

La presente decisión se adopta mediante auto interlocutorio No. 707 notificado en estrados conforme con el artículo 202 del CPACA, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

I.

**Conciliación (Min. 00. 01.09.08):** Si bien la controversia aquí ventilada versa sobre **derechos ciertos e indiscutibles**, los efectos económicos de los actos impugnados pueden ser objeto de conciliación, por lo que se procede a indagar al Apoderado del Ministerio de Educación, para que informe al Despacho si el comité de conciliación de dicha Entidad se reunió y si existe formula de conciliación en el caso referente.

Al respecto la apoderada judicial del Ministerio de Educación-FOMAG manifiesta que a la Entidad: No le asiste ánimo conciliatorio de conformidad con la certificación del comité de conciliación del 17 y 18 de mayo de 2017 anexa en el expediente (Fl.42).

En consecuencia, al no existir ánimo conciliatorio se dispone: declarar fallida la oportunidad de conciliar judicialmente el asunto de la referencia. La presente decisión se adopta **mediante Auto interlocutorio No.708** y se notifica en estrados a las partes conforme al artículo 202 del CPACA. No se interponen recursos.

**Medidas Cautelares (Min.01.10.36)** En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal. Esta decisión se toma mediante auto **interlocutorio No. 709** quedando notificados en estrados. Sin recursos

**Decreto de Pruebas (Min.01.16.07)** En virtud de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 180 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 212 ibídem, el Despacho procede a pronunciarse respecto de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes así:

A favor de la Parte demandante: En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se decretan y se tienen como pruebas al momento de fallar los documentos acompañados con la demanda dentro de las cuales se encuentra:

- Resolución 5564 de 02 de octubre de 2015, que reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de Jubilación.(Fl. 2-3)
- Solicitud de revisión de pensión y descuentos para salud ante la Secretaría de Educación y el Fomag (Fl.4-6)
- Resolución 6640 de 26 de septiembre de 2016, por medio de la cual se niega ajuste de la pensión y suspensión y reintegro de descuentos para salud en las mesadas pensionales. (Fl. 7-9)
- Solicitud y certificado de factores salariales percibidos del año 2013 a 2015 (Fl.11-13)

SE NIEGA la prueba solicitada por la parte actora (f. 22), relacionada con el expediente administrativo, como quiera que el Despacho cuenta con los elementos necesarios para proferir una sentencia de fondoCédula de Ciudadanía del accionante (Fl 14)

Parte demandada: No se decretan pruebas como quiera que no contestó la demanda y no allegó el correspondiente expediente administrativo.

Este auto de pruebas se adopta mediante auto interlocutorio **No. 710** se notifica a las partes en estrados. SIN RECURSOS

**Alegatos conclusivos** Teniendo en cuenta que con las pruebas obrantes son suficientes para tomar una decisión de fondo, el despacho se ordena correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos conclusivos otorgando a cada una un término máximo de 5 minutos.

La presente decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.711 y se notifica en estrados** conforme con el artículo 202 del CPACA Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia

Antes de otorgarles el uso de la palabra para que presenten los alegatos conclusivos, el despacho les pregunta a los intervinientes si evidencian alguna irregularidad en el trámite efectuado en la audiencia que pueda acarrear alguna **nulidad en la actuación**. Se deja constancia de que las partes no observan irregularidad alguna en el trámite de la audiencia.

**Alegatos parte demandante (Min.:01.29.59)** Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, expone sus alegatos en la forma consignada en el audio.

**Alegatos parte demandada (Min.01.35.44):** Rinde sus alegatos tal como queda consignado en el audio de la diligencia y solicita que se absuelva a la demandada de lo pretendido en la demanda.

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a dictar la siguiente **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

**SENTENCIA No.86 minuto 2.09.34**

**Tesis del demandante.** Consideró que de acuerdo con las normas que cita, fueron transgredidas por el Fomag al negar la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores, teniendo en cuenta que el accionante cumplió con los requisitos legales para ser beneficiario de la pensión de jubilación regida por régimen especial, en cuantía equivalente al 75% del salario mensual devengado en el año anterior al retiro del servicio por cual se le debió aplica el régimen prestacional anterior que es el establecido en la Ley 33 y 62 de 1985, teniendo en cuenta la fecha de vinculación del demandante al magisterio. 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.

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 el aporte a salud, es sobre la mesada mensual y no sobre las adicionales.

**Tesis de la accionada** No contestó la demanda.

**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 status** pensional y si es procedente ordenar la devolución, suspensión y reintegro de los descuentos realizados por concepto de salud en las mesadas adicionales de diciembre de la pensión devengada por el actor.

#### **Solución al problema jurídico:**

Como quiera que la demandante ingresó al servicio docente con anterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen para el reconocimiento pensional es el previsto por la ley 33 de 1985, decreto 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

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 de los mismos que irían a componer el ingreso base de liquidación. Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3º de la citada Ley 33 del mismo año, adicionando tres (3) factores salariales a la lista allí consignada.

Se advierte en este punto, que la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010,<sup>1</sup> unificó su posición jurisprudencial en relación con los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas beneficiadas con la ley 33 de 1985, en el sentido de inclinarse a favor de la tesis menos restrictiva conforme a la cual en la Ley 33 de 1985 no se indican en forma taxativa los factores salariales para efectos de liquidar la pensión de jubilación, sino que, deduce la sentencia, que los mismos están simplemente enunciados.

#### **Consideraciones Generales (MIN.01.41.27)**

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>15</sup>, las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1.º del Acto Legislativo 001 de 2005:

*«[...] Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 [...]».*

Así las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, antes del 26 de junio de 2003, pues su vinculación se efectuó el 12 de junio de 1993, se colige que se rige por la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

Así mismo, la ley 91 de 1989 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 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 de desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional”.*

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

Recuerda el Despacho que en materia de pensiones del sector público, la Ley 33 de 1985<sup>2</sup> se aplicó a los empleados oficiales de todos los órdenes, con lo cual se permitió sumar los períodos laborados en entidades nacionales y en las territoriales para reunir el requisito de tiempo de servicios, además, unificó para hombres y mujeres la edad en 55 años. En estos dos aspectos modificó el Decreto Ley 3135 de 1968<sup>3</sup>, que hasta entonces solo regulaba los servicios prestados a las entidades nacionales.

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

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

Se advierte en este punto, que la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010,<sup>4</sup> unificó su posición jurisprudencial en relación con los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993<sup>5</sup> se les aplica la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de ese mismo año.

<sup>2</sup> Ley 33 de 1985. “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

<sup>3</sup> Decreto 3135 de 1968. “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

<sup>5</sup> Ley 100 de 1993. “Artículo 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. // La edad para acceder a la 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

El problema jurídico que se propuso asumir la Sección Segunda en la sentencia de unificación, consistió en determinar si procedía el reajuste de la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios. Para el efecto, reiteró que a las personas en régimen de transición se les debe aplicar en su integridad el régimen pensional anterior<sup>6</sup>, que para el caso era el previsto en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de esa misma anualidad. Respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, la sentencia se inclinó a favor de la tesis menos restrictiva conforme a la cual en la Ley 33 de 1985 no se indican en forma taxativa, sino que, deduce la sentencia, que los mismos están simplemente enunciados.

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

#### **Imprescriptibilidad de los aportes al sistema de seguridad social. . \_Minuto ( 1.55.20 )**

A la luz del artículo 48 constitucional<sup>7</sup> el derecho a la seguridad social es irrenunciables 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:

*“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*

---

anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (...).”

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Al respecto señaló la sentencia “Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda”.

<sup>7</sup> 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...

*condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.*<sup>8</sup>

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 2016<sup>9</sup> 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.»<sup>10</sup>*

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 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

#### **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 (Min.02.14.42)**

<sup>8</sup> 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)

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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 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 la ley 100 de 1993 y 797 de 2003.

De esta manera, para el Despacho, el efecto del incremento de la cotización y su remisión a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, no es otro que la derogatoria tácita del numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989, a esta conclusión llegó la Corte Constitucional en Sentencia C-369 de 2004, en la que argumentó que la citada norma estableció la obligación de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de cancelar la totalidad de la cotización en salud, prevista en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, equivalente al 12% de su mesada pensional<sup>11</sup>.

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 favorable a la entidad, el monto del 12.5% de la cotización prevista en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

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

Estimamos que en virtud de la derogatoria del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 y en aplicación de lo previsto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para el tema en estudio debe darse aplicación a la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y demás normas que las modifican y derogan, entre ellas, lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1073 de 2002<sup>12</sup>, pues si el objeto de la disposición normativa fue establecer un régimen uniforme en virtud del principio de solidaridad para quienes ostentan el estatus de pensionado lo que conllevó a incrementar el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12,5% establecido en el Régimen General, es dable entender que ello se extienda a toda la normatividad que la regula, entre otras, la prohibición de los descuentos por salud para las mesadas adicionales de junio y diciembre. en virtud del principio de igualdad en materia tributaria 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 tributaria 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,

<sup>11</sup> Corte Constitucional. C-369 del 27 de abril de 2004. *"En esas circunstancias, como conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la cotización para salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de los pensionados, entonces es razonable entender, como lo hacen el actor y todos los intervinientes, que la norma acusada está estableciendo que los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán, de ahora en adelante, cancelar la totalidad de la cotización en salud prevista por las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que es del 12% de su mesada, mientras que, conforme a las regulaciones específicas de los pensionados de dicho fondo, vigentes anteriormente, dichos pensionados cancelaban una cotización menor. En efecto, según el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, estos pensionados debían cancelar 5% de su mesada pensional como contribución a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*<sup>11</sup> (negrilla fuera de texto).

<sup>12</sup> Decreto 1073 de 2002 *"Por el cual se reglamenta las Leyes 71 y 79 de 1988 y se regulan algunos aspectos relacionados con los descuentos permitidos a las mesadas pensionales en el régimen de prima media". "ARTÍCULO 1º. DESCUENTOS DE MESADAS PENSIONALES. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales."/ (..) PARÁGRAFO. De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales."* (Negrilla fuera de texto).

que afecte como en este caso directamente el goce de un derecho fundamental, el cual debe ser un medio razonablemente adecuado para alcanzar un objetivo constitucionalmente admisible.

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, declaró nulo parcialmente el 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)<sup>13</sup>.

Con el mismo razonamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que no es procedente efectuar descuento alguno a las mesadas adicionales de junio y diciembre<sup>14</sup>.

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

## 2. Caso concreto (Min. 02.20.04)

Se encuentra acreditado que mediante **Resolución No. 5564 del 02 de octubre de 2015**, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le fue reconocida al accionante pensión vitalicia de jubilación por haber laborado como docente de vinculación Nacional por los 20 años o más de servicios, con un promedio del 75% del promedio de los salarios devengados en el año de servicios anterior al cumplimiento de su status de pensional teniendo en cuenta como factores el sueldo y la prima de vacaciones, efectiva a partir del 10 de mayo del año 2015.

En el acto de reconocimiento, se contempló el día **10 de mayo de 2015**, como la fecha de causación del estatus pensional, al cumplir con los requisitos de 55 años de edad y 20 años de servicios.

Asimismo se demostró por el actor que tiene la condición de DOCENTE NACIONAL vinculado el 12 de julio de 1993, conforme a la Resolución que reconoció la pensión obrante a folio 2, por lo que este Despacho concluye que en aplicación de las disposiciones legales citadas el demandante tiene derecho a que se le aplique el régimen prestacional de los empleados públicos del orden 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 12 y 13, el año **último año de status pensional** corresponde al período comprendido entre el **08 de**

<sup>13</sup> Consejo de Estado, la Sección Segunda, Sentencia del 3 de febrero de 2005.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del Dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), Radicación número: 1064

**mayo de 2014 al 09 de mayo de 2015.** 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 servicio**, **Prima de navidad**, **Bonificación Decreto 1566/2014**

Así las cosas, por simple confrontación directa entre los actos administrativos demandados 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 del acto administrativo demandado y se ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho.

Sobre la **prima especial**<sup>15</sup>, al ser esta una prestación de causación mensual, según el inciso final del artículo 7 del Decreto 1244 de 1977.

Sobre la **prima de servicio**<sup>16</sup>, al ser esta una prestación de causación anual, según el artículo 1 del Decreto 1545 DE 2013, cancelada a partir del 2014; se tendrá en cuenta el valor en una doceava (1/12) parte al constituir factor salarial desde el momento de su causación.

Respecto a la **prima de navidad**<sup>17</sup>, conforme el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, este tiene correspondencia anual, se liquidará y pagará con base en el último salario devengado al 30 de noviembre de cada año; razón por la cual su cómputo para la liquidación de la mesada pensional será de una doceava (1/12) parte.

Sobre la **Bonificación Decreto**<sup>18</sup> creada para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado, constituyendo factor salarial de conformidad con el parágrafo 2 del artículo primero del Decreto 1566/2014, reconocida mensualmente a partir del **primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015.**

<sup>15</sup> La prima Especial de Población será la suma fija de ciento cincuenta pesos (\$ 150.00) m/cte., mensuales y se cancelará durante los doce meses del año, al igual que la Prima de Alimentación y Alojamiento.

<sup>16</sup> Artículo 1. Prima de servicios. Establécese la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual será cancelada a partir del año 2014 en los términos que a continuación se señalan: 1. En el año 2014, la prima de servicios será equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año. 2. A partir del año 2015, y en adelante, la prima de servicios que establece el presente Decreto será equivalente a quince (15) días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año.

<sup>17</sup> ARTICULO 32. DE LA PRIMA DE NAVIDAD. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad. Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecida otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre, cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de Navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable. ARTICULO 33. DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE NAVIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prima de Navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario: a. La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo; b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978; c. Los gastos de representación; d. La prima técnica; e. Los auxilios de alimentación y de transporte; f. La prima de servicios y la de vacaciones; g. La bonificación por servicios prestados.

<sup>18</sup>Decreto 1566/2014 ARTÍCULO 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

El valor de la bonificación de 2014 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2015. El valor de la bonificación de 2015 se tendrá en cuenta como base para liquidar el incremento salarial de 2016.

**Restablecimiento del Derecho (Min.00. 2.23.49)** 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 status pensional, esto es del **08 de mayo de 2014 hasta el 09 de mayo de 2015**, incluyendo como factores salariales el **sueldo, Bonificación Decreto, prima especial** y la doceava parte de la **prima de vacaciones, la prima de servicio y la prima de navidad**.

Por consiguiente, 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 pensional<sup>19</sup>.

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 Estado<sup>20</sup>, 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 actor<sup>21</sup>, 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.

**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.

<sup>19</sup> 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 Velandia Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Autoridades Nación.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> En tal caso podrá repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo.

Como quiera que el demandante adquirió su status pensional el **10 de mayo de 2015** y presentó la demanda de reliquidación de la pensión de jubilación el **23 de noviembre de 2016** (fl.27), no operando en el presente caso el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se ordenará la reliquidación y pago de la mesada pensional **a partir del 10 de mayo de 2015**, 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.

**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.

#### **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 con el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, los términos del Acto Legislativo 001 de 2005 y el parágrafo 1 del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002, puesto que la pensión fue reconocida hasta el año 2015, 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 diciembre por concepto de salud, teniendo en cuenta la correspondiente prescripción.

**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.

A este respecto, al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la **Resolución No. 5564 del 02 de octubre de 2015**, efectiva a partir del 10 de mayo de 2015, la solicitud de reintegro y suspensión de las mesadas adicionales se presentó el **23 de junio de 2016**, es decir, no 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 10 de mayo de 2015 ordenándose el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de diciembre, a partir del día **10 de mayo de 2015**.

**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.

**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:** Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso<sup>22</sup>, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: “La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.” (Subrayas para resaltar)

El Consejo de Estado<sup>23</sup> ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

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

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

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

*Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”>><sup>24</sup>”*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en razón a que no se han probado en esta instancia.

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 NO PROBADA** la excepción de prescripción formulada, por las razones expuestas.

**SEGUNDO.-DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL** de la **Resolución No. 6640 del 26 de septiembre de 2016**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

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

**TERCERO.-** 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 LUIS JAIRO GONZÁLEZ GARAVITO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.415.560, en cuantía del 75% de lo percibido durante el año anterior a la fecha de adquisición de su status pensional, esto es, 8 de mayo de 2014 a 09 de mayo de 2015, incluyendo como factores salariales, el **sueldo, Bonificación Decreto, prima especial** y la doceava parte de la **prima de vacaciones, la prima de servicio y 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.

se ordenará la reliquidación y pago de la mesada pensional **a partir del 10 de mayo de 2015.**

**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.

**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.

**CUARTO.- 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 Y FIDUPREVISORA S.A** a **RESTITUIR** a favor del señor **Luis Jairo González Garavito**, identificado con la cédula de ciudadanía 19.415.650 de Bogotá, el valor de los descuentos realizados por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de diciembre, a partir del **10 de mayo de 2015**, 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

**QUINTO.- 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.

**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 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

**SEPTIMO.-** Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

**NOVENO.-** Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con 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.

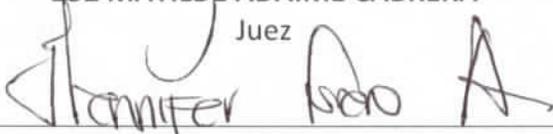
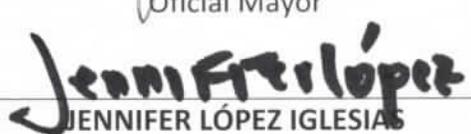
Esta sentencia se notifica en estrados. Se le otorga el uso de la palabra a las partes

El apoderada de la **parte actora**: Interpone **RECURSO DE APELACIÓN**, el cual sustentará dentro del término legal.

**Parte accionada**: Interpone **RECURSO DE APELACIÓN**, el cual sustentará dentro del término legal.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada, y se firma por quienes en ella intervinieron

**FIRMAS,**

 _____ <b>LUZ MATILDE ADAIME CABRERA</b> Juez	 _____ <b>ALEXANDRA PÁEZ CARRILLO</b> Oficial Mayor
 _____ <b>JHENNIFER FORERO ALFONSO</b> Apoderada parte demandante	 _____ <b>JENNIFER LÓPEZ IGLESIAS</b> Apoderada parte demandada

संस्कृत-संज्ञा-सूची