



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. 208 DE 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-000306-00

Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Tema: Reliquidación pensión docente y Devolución de descuentos en salud mesada adicional

Sala: 38

En Bogotá D.C., a los veintitrés (23) días del mes de noviembre del año 2018, siendo las nueve y cuatro minutos de la mañana (**09:04 am**), la suscrita Juez 17 Administrativa 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 la señora Aida Yolanda Ariza Moreno, en el radicado 110013335-017-2017-00306 00, en contra de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Presentación de las partes intervinientes:

1. Apoderado de la demandante: Jhennifer Forero Alfonso, con C.C. No. 1.032.363.499 de Bogotá y T.P. 230.581 del C. S. de la J. a quien se le reconoce personería jurídica de conformidad con el poder visible a folio 1. Autoriza notificaciones al correo electrónico: Colombiapensiones1@gmail.com

2. Apoderado del Ministerio de Educación: Diana Maritza Tapias apoderada principal, confirió poder de sustitución al Dr. Jeysson Alirio Choconta con C.C.1.03.706.367 y T.P. 271.763 del C.S. de la J. a quien se le reconoce personería jurídica de conformidad con el poder que aporta visible a folio 51. Autoriza notificaciones al correo electrónico: gerencia@aintegrales.co.

3. Ministerio Público. Se deja constancia de la no asistencia del Ministerio Publico Dr. Álvaro Pinilla Galvis Procurador 87 Judicial I ante este despacho.

(Min. 00.13.58) Se reconoce personería jurídica mediante **auto No. 886**. Se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Saneamiento (Min.00.19.25) El despacho no observa irregularidades en el procedimiento efectuado hasta el momento efectuado a o vicios que generan una nulidad que deba ser declarada de manera oficiosa. Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No 1432** y se notifica en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Excepciones (Min. 00.28.26) Dentro del término de traslado La Nación- Ministerio de Educación Nacional, no contestó la demanda por tanto no hay excepciones que resolver. **Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio N 1433 y se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.**

Estima necesario el Despacho tener en cuenta el concepto No. 1614 del 13 de diciembre de 2004 de la Sala de Consulta y Servicio Civil según el cual: *“La fiduciaria, en este caso, actúa como mandataria que paga conforme a lo ordenado en el acto administrativo y por consiguiente al efectuar el pago, no está reemplazando al ordenador del gasto, pues esta facultad la ejerce el Ministerio con*

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Expediente: 2017-00306
Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
Demandado: Nación Min Educación Fomag

la entrega de los recursos al patrimonio autónomo y la expedición del correspondiente acto administrativo”.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación del 23 de enero de 2002, expresó:

“Para concluir este aparte, corresponde reiterar que la Fiduciaria La Previsora S.A., es una sociedad de economía mixta, regida por el derecho privado, que, en principio, no puede ser sujeto pasivo del derecho de petición, porque su obligación de administrar los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y en consecuencia efectuar los desembolsos correspondientes a las prestaciones de los docentes, con base en la previa determinación de aquel no le imprime carácter de autoridad pública.”

El Despacho concluye que la Fiduciaria la Previsora S. A., tan solo es el organismo encargado del manejo de los recursos económicos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que sea su responsabilidad la suspensión de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales del mes de diciembre, que en el caso de los docentes corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio pues si bien no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, razón por la que se encuentra procedente estudiar la nulidad de la resolución 4555 del 16 de junio de 2017.

Fijación del litigio (Min. 00.31.37)

Hechos. La entidad demandada no contesta la demanda

Pretensiones de la demanda (Fl.26)

- 1.- Solicita se declare la nulidad de la **Resolución 4555 de 16 de junio de 2017**, proferida por la Secretaría de Educación-Fomag, mediante la cual negó reliquidiar la pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y se suspenda el descuento para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.
- 2.- Como consecuencia de lo anterior condenar a la demandada a que revise y ajuste la pensión jubilación **incluyendo todos los factores** devengados en el último año de servicio y **el reintegro de los valores descontados en exceso** para salud en las mesadas adicionales desde que se causó la mesada pensional hasta el momento de la sentencia, así como **suspender 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 que ya se haya 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.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Expediente: 2017-00306
Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
Demandado: Nación Min Educación Fomag

Normas Violadas y Concepto De Violación: La demandante invocó los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 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. Considera que las normas fueron transgredidas al negar la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores, teniendo en cuenta que la accionante cumplió con los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de jubilación regida por régimen especial, en cuantía equivalente al 75% del salario mensual devengado en el último año de servicio por cual se le debió aplicar 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. (FL.28 a 35)

Contestación de la demanda: Vencido el término otorgado a la accionada, guardó silencio.

Problema jurídico (Min.00.33.25) El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación del demandante todos los factores salariales devengados en el año **inmediatamente anterior al retiro del servicio** y, el segundo problema jurídico es si es procedente ordenar la devolución de los descuentos realizados por concepto de salud en las mesadas adicionales de diciembre así como la suspensión de dichos descuentos a futuro

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio 1433 y se notifica en estrados. sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Conciliación (Min. De conformidad con lo establecido en el numeral 8º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 el Despacho invita a las partes a conciliar el presente asunto, para lo cual, se le concede el uso de la palabra al apoderado de la entidad demandada para indique si hubo reunión previa del Comité de Conciliación y que decisión adoptó.

- El apoderado de la accionada manifiesta que a la Entidad: No le asiste ánimo conciliatorio en el caso propuesto

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.1435** y se notifica en estrados a las partes conforme al artículo 202 del CPACA. No se interponen recursos.

Medidas Cautelares (Min.00.59.00 En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal. Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio No. 1436 quedando notificado en estrados.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
 Expediente: 2017-00306
 Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
 Demandado: Nación Min Educación Fomag

Decreto de Pruebas (Min.01.00.40)

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 encuentran:

- Resolución 0003771 de 03 de junio de 2008, que reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de Jubilación efectiva a partir de su status pensional, esto es, 18 de julio de 2006.(Fl. 3-6)
- Resolución 1816 de 08 de abril de 2016, la cual reliquida una pensión vitalicia de jubilación por retiro del servicio. en dicho acto se tiene en cuenta como factores para liquidar la pensión la asignación básica y la prima de vacaciones (Fl. 7)
- Solicitud ante la Secretaría de Educación y el Fomag de fecha 05 de agosto de 2016 de reliquidación de pensión para que se tenga en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y la suspensión y el reintegro de los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales (Fl.8-13)
- acto de notificación del 21 de junio de 2017 folio 15
- Resolución 4555 de 16 de junio de 2017, por medio de la cual se niega la anterior solicitud (Fl. 12-15)
- Certificación salarial de lo devengado en los años 2014-2015, certificado de la historia laboral folio 21-24
- Cédula de Ciudadanía de la señora Aida Yolanda Ariza Moreno (Fl. 25)

Parte demandada: No se decretan pruebas como quiera la accionada no contestó la demanda.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No.1437** se notifica a las partes en estrados.
SIN RECURSOS

Alegatos conclusivos (Min.01.21.20) Teniendo en cuenta que con las pruebas obrantes son suficientes para tomar una decisión de fondo, el despacho ordena correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos conclusivos otorgando a cada una un término máximo de 10 minutos.

.PARTE DEMANDANTE (Min. 01.28.00) Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, expone sus alegatos en la forma consignada en el audio.

PARTE DEMANDADA: (Min.01.33.40) Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, expone sus alegatos en la forma consignada en el audio

SENTENCIA N°183 (Min.01.38.07)

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral Expediente No. **2015-00775** propuesto por la señora Aida Yolanda Ariza Moreno contra la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

Tesis de la demandante. Consideró que su pensión debe ser reliquidada con todos los factores devengados en el último año de servicios en los términos de la ley 33 de 1985 por ser beneficiario del régimen de transición docente y conforme con la posición unificada del 4 de agosto de 2010 por parte del H Consejo de Estado.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Expediente: 2017-00306
Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
Demandado: Nación Min Educación Fomag

En cuanto a los **descuentos en las mesadas adicionales**, argumenta que dichos descuentos van en contravía al Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002 y a la Ley 812 de 2003 que derogó tácitamente dicho descuento al remitir la cotización a las Leyes 100 y 797 de 2003.

Tesis de la accionada: Vencido el término la accionada guardó silencio y no contestó la demanda.

Problema jurídico El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro del servicio por ser beneficiario del régimen de transición docentes establecido en la ley 812 de 2003 y, de otra parte, si es procedente la suspensión y devolución de los aportes a salud efectuados sobre las mesadas adicionales del mes de diciembre

Reliquidación Pensional Docente

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, 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, se colige que se rige por la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional normatividad que a su vez permitió la aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1985 y Decreto 3135 de 1968, por tanto, no pertenece al régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues esa misma ley fue la que determinó que los docentes oficiales se encontraban cobijados por un régimen exceptuado (artículo 279).

Recuerda el despacho que 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. En el caso de los docentes los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al estatus y/o al retiro del servicio, pues dada la condición de ser un régimen especial, estos pueden recibir mesada pensional y paralelamente continuar en el servicio oficial y obtener la remuneración salarial correspondiente.

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.

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 Ardila¹, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se

¹ Expediente No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), Actor: Luis Mario Velandia.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
 Expediente: 2017-00306
 Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
 Demandado: Nación Min Educación Fomag

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.

Ahora bien, 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, en la cual estableció en la segunda (2a) subregla lo relacionado con los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiados de la transición así:

[...]92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente **regla** jurisprudencial: **"El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985"**.

93. **Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:**

. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es: - Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. - Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. **La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cubre a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición. El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone: "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: [...] 2. Pensiones: [...] B. 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 sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del**

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Expediente: 2017-00306
Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
Demandado: Nación Min Educación Fomag

sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional [...].

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala: "ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres [...]."

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15). Esta regulación fue ratificada por el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer: "[...] Parágrafo transitorio 1°. 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, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003). [...]

Así las cosas, el Consejo de Estado 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.

Cuestión diferente respecto a la segunda subregla que indica que en la liquidación de la mesada pensional del régimen de la Ley 33 de 1985 se deben incluir únicamente aquellos los factores sobre los que se haya realizado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. Esta subregla, el Consejo de Estado al igual que la Corte Constitucional se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho y lo desarrolla así:

"[...] El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

Señaló el Consejo de Estado que la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Expediente: 2017-00306
Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
Demandado: Nación Min Educación Fomag

Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. 103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema. [...].

Este Despacho acogiendo el criterio establecido por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en consonancia con la interpretación dada por la H. Corte Constitucional considera que se debe aplicar la voluntad del legislador razón por la que la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante corresponde al 75% del promedio de los factores que sirvieron de base para los aportes o cotizaciones durante el último año de servicio.

Marco jurídico de los descuentos para seguridad social en salud sobre las mesadas pensionales adicionales del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Min.01.49.23)

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 incrementó la cotización en salud de los docentes oficiales pensionados, pues a partir de su vigencia, asumen la totalidad de la cotización del 12%, toda vez que la norma se remitió a las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

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, a esta conclusión llegó la Corte Constitucional en Sentencia C-369 de 2004, argumentando que la citada norma estableció la obligación de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Expediente: 2017-00306
Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
Demandado: Nación Min Educación Fomag

Magisterio a 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 con estas palabras:

"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 8° 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"¹ (negrilla fuera de texto).

Los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud tienen el carácter de **contribuciones parafiscales**, y tratándose de un gravamen que incide sobre la mesada pensional porque afecta su monto real, 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 por parte del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 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 pues consideramos que **el objeto de la disposición normativa fue establecer una contribución uniforme para todos los pensionados del FOMAG en los términos de la ley 100 de 1993, disposición que determina cual es el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, el hecho imponible, la causación, la base gravable y la tarifa, lo anterior** en virtud del principio de solidaridad lo que conllevó, entre otras, a incrementar el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12,5% establecido en el Régimen General.

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.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
 Expediente: 2017-00306
 Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
 Demandado: Nación Min Educación Fomag

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: ²

"...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.

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 sólo 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)"³.

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.

² 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

³ 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.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Expediente: 2017-00306
Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
Demandado: Nación Min Educación Fomag

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 Civil⁴ 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 1º 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** así lo 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 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.

La administradora de pensiones o institución que pague pensiones descontará de las mesadas pensionales las cuotas o la totalidad de los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, Fondos de Empleados y de las Cooperativas, así como las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para

⁴ Código Civil.- "Artículo 27.- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)".

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
 Expediente: 2017-00306
 Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
 Demandado: Nación Min Educación Fomag

efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, de conformidad con lo establecido en las Leyes 71 y 79 de 1988.

Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto, salvo aceptación de la misma institución. En este caso para el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional, Fopep, el Consejo Asesor deberá rendir concepto favorable cuando se trate de estos descuentos.

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 de 1993** (la del mes de junio).⁵

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 pensiones⁶. Dicha prohibición fue ratificada por la Ley 43 de 1984⁷.

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 en dicha norma, el legislador no señala el valor parcial de la tasa de cotización para ser completada por otra disposición normativa.

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.

⁵ 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".

⁶ARTÍCULO 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.*

⁷ "Artículo 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*".

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Expediente: 2017-00306
Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
Demandado: Nación Min Educación Fomag

Conclusión (Min.02.01.35): consideramos 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 (Min.02.02.03)

Se encuentra acreditado que mediante **Resolución No. 0003771 de 03 de junio de 2008**, proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le fue reconocida a la accionante pensión vitalicia de jubilación por haber laborado como docente de vinculación Distrital por los 20 años o más de servicios, con un promedio del 75% del promedio de los salarios devengados en el año de su estatus pensional teniendo en cuenta como factores la **asignación básica** efectiva a partir del 18 de julio de 2006 (Fl. 3).

Dicha pensión que fue reliquidada por la Resolución 1816 de 08 de abril de 2016 por retiro del servicio, en un 75% de la **Asignación básica y Prima de Vacaciones** con efectividad a partir del 15 de diciembre de 2015. (fl. 7)

Se encuentra acreditado que mediante petición el 05 de agosto de 2016 (Fl. 8) solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación a efectos de que se tengan en cuenta todos los factores percibidos el año anterior al retiro del servicio y la devolución de los descuentos realizados en las mesadas adicionales de diciembre, siendo resuelta de manera negativa mediante **Resolución No. 4555 de 16 de junio de 2017**(Fl. 12).

En el sub lite está demostrado que la accionante se vinculó como docente en propiedad desde 13 de febrero de 1981, tal como se prueba a folio 12 del plenario, es decir antes de la fecha de vigencia de la Ley 812 de 2003 - 27 de junio de 2003- por lo cual su régimen pensional corresponde al previsto en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables, siendo retirada del servicio a partir del 15 de febrero de 2015 por Resolución 12553 del 9 de noviembre de 2015 (fl. 7)

Con la certificación obrante a folio 21, el año **último año de servicios** corresponde al periodo comprendido entre el **13 de diciembre de 2014 al 14 de diciembre de 2015** figuran como factores devengados el Sueldo, la prima especial, la prima de servicio, la Prima de Vacaciones y, como factores sobre los cuales se cotizó al sistema pensional **el sueldo y la prima de vacaciones los cuales fueron reconocidos por la entidad demandada.**

De acuerdo con la jurisprudencia citada de 28 de agosto de 2018, la demandante no tendría derecho a la reliquidación de su pensión, toda vez que los factores que le fueron tenidos en cuenta en la resolución 1816 del 8 de abril de 2016 son aquellos sobre los cuales cotizó al sistema, por ende se negarán las pretensiones de la demanda.

No debe perderse de vista que el fallo tantas veces mencionado le otorgó **efecto retrospectivo** al mismo, puesto que dispuso que *"las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias"*.

Puesta de este modo las cosas, resulta innegable que la señora Aida Yolanda Ariza Moreno no tiene derecho a la reliquidación en los términos solicitados en la demanda, puesto que los factores sobre los cuales cotizó al sistema se encuentra incluidos en la pensión reconocida.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral

Expediente: 2017-00306

Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO

Demandado: Nación Min Educación Fomag

Procedencia de los descuentos en salud en las mesadas adicionales (Min.02.05.00)

Consideramos 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.

Y, adicionalmente por contener las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 disposiciones que no concilian con los descuentos de las mesadas adicionales como es el caso del decreto 1073 de 2002 el cual fue estudiado por el Consejo de Estado y declarado nulo el aparte relacionado con la prohibición de los descuentos de la mesada del mes de junio, esto es, la señalada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993.

En consecuencia, se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FIDUPREVISORA S.A. suspender los cuestionados descuentos en salud y restituir las sumas descontadas en las mesadas adicionales de **diciembre** de la señora Aida Yolanda Ariza Moreno por concepto de salud, teniendo en cuenta la correspondiente prescripción que se describe a continuación.

Prescripción (Min. 02.06.55)

En lo concerniente a la prescripción trienal, establece el artículo 151 de Código de Procedimiento Laboral

*“Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”
(Subrayas fuera del texto original).*

Por tanto, se ha de indicar que de la documentación probatoria obrante en el plenario, se corrobora que la señora Aida Yolanda Ariza Moreno, le fue reconocida la pensión el día **03 de junio de 2008** efectiva a partir del **18 de julio de 2006** y, elevó petición el **30 de agosto de 2016** según resolución 4555 de 2017 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 que con la radicación de la petición elevada a la entidad demandada se interrumpen los términos prescriptivos, partiremos en el conteo de los términos del **30 de agosto de 2016** ordenando el **reintegro** de los dineros descontados por concepto de salud de las mesadas adicionales de **diciembre** a partir del 30 de agosto de 2013, 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:

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
 Expediente: 2017-00306
 Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
 Demandado: Nación Min Educación Fomag

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de los descuentos mencionados 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 pago⁸.

La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 197 del C.P.A.C.A. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el inciso 1º del citado artículo.

Costas: Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁹, 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 Estado¹⁰ 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">> 11"

⁸Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No. 5116-05.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
 Expediente: 2017-00306
 Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
 Demandado: Nación Min Educación Fomag

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 las agencias en derecho.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE (Min.02.08.26)

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 4555 de 16 de junio de 2017 de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR al Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio-** la **suspensión** de los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales de **diciembre** de la señora Aida Yolanda Ariza Moreno así como **el reintegro de tales aportes** a partir del 30 de agosto de 2013.

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 por concepto de los descuentos mencionados 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 pago¹².

La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el artículo 197 del C.P.A.C.A. Se dará cumplimiento a esta sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el inciso 1º del citado artículo.

TERCERO.- 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.

CUARTO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: 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

¹²Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de julio de 2006, radicado interno No. 5116-05.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral
Expediente: 2017-00306
Demandante: AIDA YOLANDA ARIZA MORENO
Demandado: Nación Min Educación Fomag

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.

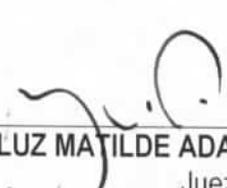
Esta sentencia queda notificada en ESTRADOS, conforme se establece en el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 y 192 del CPACA.

El apoderado de la parte actora: Manifiesta interponer recurso de apelación el cual sustentará dentro del término legal.

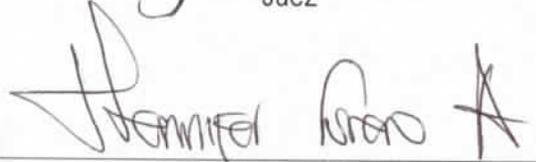
El apoderado de la entidad demandada: Manifiesta interponer recurso de apelación el cual sustentará dentro del término legal.

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

FIRMAS,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez


ALEXANDRA PÁEZ CARRILLO
Oficial Mayor


JHENNIFER FORERO ALFONSO
Apoderada parte demandante


JEYSSON ALIRIO CHOCONTA
Apoderado de Demandada