

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Expediente : 11001-3342-046-2016-00537-00
Demandante : CARLOS AUGUSTO SANTOS BEJARANO
Demandado : NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A.

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Carlos Augusto Santos Bejarano, mediante apoderada, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A., para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.18-27).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad de la Resolución No. 4714 de 18 de julio de 2016, por medio de la cual se ajusta una pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...el reajuste de la liquidación pensión jubilación, incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior al cumplimiento del estatus pensional, en particular el quinquenio... devengado desde el 13 de mayo de 2002 y el 12 de mayo de 2007, pagado 30 de diciembre de 2007.

... reconocer y pagar a favor de mi poderdante, el valor de los reajustes que se causen por los conceptos referidos en los numerales anteriores, desde el momento en que se le reconoció esta pensión, descontando lo que ya se ha cancelado".

1.3 Hechos.

Relata que labora como docente al servicio del estado desde 1977 hasta la fecha.

Mediante Resolución 2096 de 17 de marzo de 2008, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación al demandante.

"al momento de liquidar la pensión otorgada a mi poderdante, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no incluyó en la liquidación la totalidad de los factores salariales certificados por la entidad a la que mi poderdante prestó sus servicios en el año anterior al cumplimiento del estatus pensional en particular el quinquenio por valor de \$3.913.115.

(...)

Mediante derecho de petición radicado ante la entidad, el 26 de noviembre de 2015 se solicitó la revisión y ajuste de la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales, en particular el quinquenio. Petición que fue resuelta mediante Resolución 4714 de 2016, ajustando la pensión pero omitiendo la inclusión del quinquenio como factor salarial.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228; Leyes 57 y 153 de 1887, 91 de 1989, 33 y 62 de 1985, 4 de 1992, 812 de 2003, 100 de 1993 y Decreto 1073 de 2002.

Manifiesta que el acto administrativo demandado violó flagrantemente las normas referidas, porque está dejando de lado y desmejorando el derecho que los docentes tienen de que sus pensiones sean debidamente reconocidas y liquidadas. Concluye que la administración dejó de aplicar unas normas e interpretó erróneamente otras, por tal razón solicita se reliquide su pensión con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio.

Afirma que la Ley 812/03 derogó tácitamente los descuentos en las mesadas adicionales, asegura que un doble descuento no autorizado e ilegal en las mesadas adicionales constituye un abuso y una violación a la ley. *“bajo ningún pretexto desde el punto de vista factico o de hecho, puede haber descuentos de 14 meses por año cuando son 12 meses de servicio y no siempre con adecuada cobertura y calidad, por cuanto los pensionados tienen que sufragar servicios privados o planes complementarios de salud”*. Razón por la cual, solicita se atiendan favorablemente las pretensiones de la demanda.

“la normatividad que regula esta prestación es lo suficientemente clara que no admite interpretación en contrario para la inclusión y pago de los factores salariales devengados en la pensión ordinaria de jubilación a favor de mi poderdante y planteamientos contrarios sólo atentan contra derechos adquiridos conforme a la Constitución y la Ley; por lo tanto de la manera más respetuosa solicito se accedan a las pretensiones de la presente demanda (...)”.

Contestación de la demanda.

La apoderada de la entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, en consideración a los argumentos que a continuación se exponen de manera abreviada:

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no está obligado a reconocer y pagar factores salariales de origen legal y extralegal, y menos aún, el valor que se genera por la inclusión de aquellos en la liquidación de la pensión, aduciendo que son las entidades territoriales quienes atienden las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo, así mismo, quienes elaboran y remiten el proyecto de acto administrativo de reconocimiento a

la Fiduprevisora, quien es la encargada del manejo y administración de recursos del Fondo.

Finalmente manifiesta que las llamadas a responder por todo lo relacionado con el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, son, la Secretaría de Educación Distrital y eventualmente, la sociedad fiduciaria.

1.5 Audiencia inicial.

El 9 de noviembre de 2017, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de pruebas, fijándose para la celebración de la misma, para el 1º de marzo de la presente anualidad, diligencia que se llevó a cabo y en la que se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión dentro de los 10 días posteriores a la celebración de la referida diligencia.

1.7 Alegatos de conclusión

Parte actora: Reitera los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de la demanda.

Parte demandada: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se planteó en el sentido de determinar si a la demandante le asiste el derecho a que se le reliquide la pensión vitalicia de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al cumplimiento del status pensional, en particular el quinquenio, conforme al régimen establecido en la Ley 33 de 1985.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Mediante Resolución 2096 de 17 de marzo de 2008, se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación al demandante (fs.2-4).
- ✓ Derecho de petición de fecha 26 de noviembre de 2015 radicado ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio del cual, el demandante solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional, en particular el quinquenio (fs.6-9).
- ✓ Resolución No. 4714 de 18 de julio de 2016 por medio de la cual se ajusta una pensión de jubilación (fl.11).
- ✓ Certificado expedido por la jefe de oficina de nómina de la Secretaría de Educación en la que constata el pago por concepto de quinquenio (fl.12).
- ✓ Certificado de factores salariales devengados por el demandante (fl.14).
- ✓ Expediente administrativo del señor Carlos Santos (fs.79-131).

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.2. Del régimen prestacional para los docentes

En cuanto al régimen pensional de los docentes, se debe precisar que el Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, en su artículo 3º, establecía que los docentes que prestaban sus servicios a entidades de orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal eran empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales pues tenían la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5º), además podían gozar de la pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de

1928 y 37 de 1933) e, incluso pensión gracia y pensión de invalidez, sin embargo, esto no implica que cuenten con un régimen especial de pensiones de jubilación.

Las Leyes 91 de 1989, Ley 100 de 1993 (Art.279¹), Ley 60 de 1993 (Art.6) y Ley 115 de 1994, (Art.115), y el párrafo primero del artículo 48 de la Constitución² han mantenido estas prerrogativas a favor de los educadores, de donde se concluye que cuentan con aspectos preferenciales en materia salarial y prestacional.

No obstante, en materia de pensión ordinaria de jubilación están sometidos a las disposiciones generales porque no se ha establecido un régimen especial que, en razón a la actividad docente, les permita acceder a esta prestación en condiciones especiales respecto a edad, tiempo de servicio y monto de la mesada.

En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado³ en sentencia de 10 de septiembre de 2009, en la cual puntualizó:

“(…)

Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.

Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo

¹ ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

² Constitución Art 48. 'Párrafo 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'.

³ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria.

(...)

(Negrita del Despacho).

De lo anterior, se concluye que los docentes a pesar de ser servidores públicos con prerrogativas especiales en materia salarial y prestacional, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación, por ello, se les aplica el régimen pensional de los servidores públicos, como lo señaló el Consejo de Estado, de tal manera, que se concluye que el régimen pensional de los docentes, dependerá de las circunstancias de vinculación del educador (territorial, nacional o nacionalizado) y el régimen pensional vigente al momento de consolidar el status.

Analizada la anterior normativa y bajo la observancia del inciso segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es imperioso concluir que la pensión de jubilación de los docentes nacionalizados está sometida a la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, toda vez que estas normas generales y ordinarias unificaron el régimen de pensión de jubilación de todos los servidores públicos del Estado, modificaron el régimen también ordinario del Decreto 3135 de 1968 en forma expresa y las disposiciones del Decreto 1045 de 1978; y con anterioridad no se había previsto régimen de pensiones especial para los docentes, distinto a la pensión gracia que no cobija a los docentes nacionales.

Reliquidación Pensional – Ley 33 de 1985

La Ley 33 de 1985, estableció el régimen general para el reconocimiento de la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles, disponiendo lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones (...).”

Se tiene entonces, que el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, consagra una excepción en cuanto a su aplicación, dirigida a quienes realizan actividades que por su naturaleza, justifican la aplicación de tal excepción, y a los que por ley gozan de un régimen pensional especial, que no es el caso que nos ocupa.

Por su parte, la Ley 62 de 1985, "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985", respecto de la base de liquidación de la Pensión de Jubilación estableció lo siguiente:

Artículo 1º. (...) Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Como se deduce de la norma transcrita, ciertamente se enunciaron factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el monto de la pensión de jubilación, pero dicha enumeración no puede considerarse taxativa, por cuanto en el inciso tercero se prevé la posibilidad de que dicha prestación sea liquidada sobre los factores que hayan servido de base para calcular aportes. Así las cosas, se concluye que el salario base para efectuar la liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación comprenderá no solo la asignación básica mensual sino también todos los demás factores que el trabajador percibió como consecuencia de su relación laboral durante el último año de servicio, pues lo contrario sería tanto como deferirle al empleador la posibilidad de establecer, a la postre, el quantum pensional de su empleado.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de 4 de agosto de 2010⁴, unificó el criterio frente a la liquidación de las pensiones reconocidas bajo los parámetros de las Leyes 33 y 62 de 1985, indicando que no solo se tendrán en cuenta los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado aportes a seguridad social, sino todos los devengados por el trabajador durante su último año de prestación de servicios, en los siguientes términos:

⁴ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, en sentencia de 4 de agosto de 2010, consejero ponente, doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 2006-7509-01.

"...en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 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 (...) ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, en válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica. Como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salarios, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. (...).

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación".

Además en la referida providencia se precisó que en estos casos la entidad deberá efectuar los descuentos referentes a aportes sobre aquellos factores salariales reconocidos por haber sido devengados, pero que no fueron sujetos a descuentos para seguridad social y que tal "omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional".

A su vez el Consejo de Estado⁵ en Sala de Consulta y Servicio Civil precisó lo siguiente:

"... reiterando que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la ley 100 de 1993 a quienes se aplica la ley 33 de 1985, deben tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3 de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. (...) En síntesis, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las primas de servicios, navidad y vacaciones de las personas

⁵ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación numero: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069).

a quienes se les aplique la ley 33 de 1985 deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de sus pensiones". (...) apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, 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".

Como se observa, para el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, las Leyes 33 y 62 de 1985 no indican en forma taxativa, sino enunciativa, los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la pensión vitalicia de jubilación de los servidores públicos, reiterando que lo señalado en esa normatividad es meramente enunciativo, y acudiendo para tal efecto a las previsiones del Decreto 1045 de 1978, dada la finalidad que persiguen dichas disposiciones, como es la de establecer la forma en que debe liquidarse tal prestación, atendiendo a principios, derechos y deberes de rango constitucional en materia laboral.

Del análisis normativo y jurisprudencial se concluye, que en la liquidación de las pensiones de los empleados públicos otorgadas conforme lo señalado en las Leyes 33 y 62 de 1985, se deberán tener en cuenta el promedio de todos los factores salariales que el demandante haya percibido durante el último año de prestación de servicios, razón por la cual, es procedente ordenar que se liquide nuevamente la pensión cuando no se han incluido los mencionados factores.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

CASO CONCRETO

Analizado el marco jurídico aplicable corresponde al despacho entrar a pronunciarse respecto del caso en concreto atendiendo a los hechos demostrados en el proceso.

Se encuentra probado dentro del expediente que el señor Carlos Augusto Santos Bejarano obtuvo su estatus de pensionado el día 27 de noviembre de 2007, fecha en la cual contó con la edad requerida y los años de prestación de servicios. Así

mismo, se observa que el demandante se vinculó al servicio oficial educativo con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que, de acuerdo con lo señalado en la Ley 91 de 1989, tiene derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Por lo anterior, mediante Resolución No. 2096 de 17 de marzo de 2008, la entidad, le reconoció al actor la pensión vitalicia de jubilación, siendo reliquidada mediante Resolución No. 4714 de 18 de julio de 2016 (fl.11). No obstante, para liquidar dicha pensión, la entidad no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional, comoquiera que no incluyó el quinquenio, lo que, de conformidad con lo manifestado por la jurisprudencia del Consejo de Estado referenciada en la parte considerativa, constituye desconocimiento de las normas en que debía fundarse la demandada para expedir el acto de reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante.

Ahora bien, de conformidad con los demás elementos probatorios, se observa que, en el año anterior a la adquisición del status pensional (27 de noviembre de 2006 a 26 de noviembre de 2007), además de la asignación básica, prima de alimentación, prima de habitación, prima de vacaciones y prima de navidad tenidos en cuenta por la entidad demandada, la parte demandante devengó el quinquenio (fl.12), el cual debe incluirse en la liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación.

Así las cosas, al establecerse que la entidad demandada no aplicó en su integridad el "Régimen Pensional de Empleados Públicos – Ley 33 de 1985", porque no incluyó como factor salarial el quinquenio devengado por el demandante, se ha desvirtuado la presunción de legalidad que amparaba la Resolución 4714 de 18 de julio de 2006, en consecuencia el despacho accederá a las pretensiones de la demanda y declarará la nulidad parcial del acto acusado.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad accionada reliquidar la pensión de jubilación del demandante aplicando en su integridad el Régimen Pensional de Empleados Públicos – Ley 33 de 1985, incluyendo el quinquenio, factor salarial sobre el cual precisa el Despacho, que se liquidará en proporción equivalente a 1/60, atendiendo que el periodo de causación de dicho

emolumento es cada cinco años y que según la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶, tiene connotación salarial.

Descuentos para Aportes

De otra parte, es menester señalar que el despacho no encuentra prueba alguna de que el factor salarial sobre el que se ordenó reliquidar la pensión, se efectuaron los aportes pensionales, motivo por el cual deberá la entidad accionada en el evento de no haberlo hecho, al momento de efectuar la reliquidación respectiva, realizará el descuento sobre el factor salarial que se ordena reconocer mediante esta providencia.

En relación con las deducciones, ha sostenido el Consejo de Estado:

“A pesar de que la certificación de salarios devengados expedida por la Subdirección Financiera - División de Pagaduría - del Ministerio de Transporte precisa que se hicieron los descuentos a la Caja Nacional de Previsión Social, en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes⁷”.

A su vez, la mencionada Corporación⁸, en lo concerniente a la naturaleza y prescripción de los aportes a la seguridad social, dispuso:

“Pues bien, sobre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social y su destinación específica conforme al artículo 48 de la Constitución Política, en términos de la Corte Constitucional, tales recursos son indispensables para el funcionamiento del sistema de seguridad social, y en esta medida están todos articulados para la consecución del fin propuesto por el Constituyente. Los mismos provienen básicamente de las cotizaciones de sus afiliados, establecidas por el Estado en ejercicio de su potestad impositiva.

En consecuencia, (...) estos aportes a la Seguridad Social sí son contribuciones parafiscales⁹, por lo que para su cobro se debe aplicar el Estatuto Tributario, conforme al artículo 54 de la Ley 383 de 1997, según el cual, “las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el libro quinto del estatuto tributario nacional, serán aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a la nómina, tanto del sector privado como del sector público, establecidas en las leyes 58 de

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren, sentencia de 24 de junio de 2015, Exp. N°. 25000-23-42-2012-00641-01, Actor Gustavo Camargo, Demandado: Colpensiones.

⁷ Consejo de Estado, sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 29 de mayo de 2003, rad: 2009-2990-01(4471-02).

⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Dra. Ligia López Díaz. Sentencia del 26 de marzo de 2009, Rad. No.: 25000-23-27-000-2002-00422-01-16257 Actor: Banco de Bogotá, Demandado: Instituto de los Seguros Sociales

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-577 de 1995, Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 3 de julio de 2003, exp. 13263, C. P. doctora Ligia López Díaz.

1963, 27 de 1974, 21 de 1982, 89 de 1988 y 100 de 1993". Como dentro de estas contribuciones se cuentan aquellas en favor del ISS, debe acudirse a las normas que regulan el procedimiento tributario y no a las normas laborales, como lo pretende el actor.

(...)

***De acuerdo con lo anterior, la prescripción para el cobro de los aportes patronales opera en 5 años** y como los valores u obligaciones fueron determinadas en la Liquidación Certificada de la Deuda, título ejecutivo, se analizará el siguiente cargo sobre su validez, para establecer cuándo fue su ejecutoria y el inicio del término de prescripción. "*

(Subraya y Negrita por el Despacho)

Igualmente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁰ en un reciente pronunciamiento señaló:

"Así las cosas, como los aportes a la seguridad social constituyen una contribución parafiscal, se impone aplicar lo establecido en el artículo 817 del Estatuto Tributario, el cual establece que la acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de cinco (5) años. Preciado lo anterior, se tiene que, en el sub examine el accionante se retiró del servicio a partir del 1º de julio de 1993, por lo tanto, la prescripción de los aportes para pensión frente a los factores que se ordena incluir en este proveído, opera respecto de los aportes anteriores a los últimos cinco (5) años de servicio, es decir, que sólo se deben descontar los aportes por el período comprendido entre el 30 de junio de 1988 y el 30 de junio de 1993, los cuales deberán ser indexados conforme a la fórmula establecida por el H. Consejo de Estado".

Con base en lo anterior se tiene que los aportes a la seguridad social constituyen una contribución parafiscal, por lo tanto, sobre estos recae la prescripción prevista en el artículo 817 del Estatuto Tributario¹¹ que a su tenor literal dispone:

"ARTÍCULO 817. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO. <Artículo modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:

- 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.*
- 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.*

¹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", sentencia de 3 de agosto de 2017. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra. Exp. (2016-00124). Actor: Eudoro Briñez Orjuela, Demandado: UGPP

¹¹ Decreto 624 de 1989 "por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales"

3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.

4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, o de los servidores públicos de la respectiva administración en quien estos deleguen dicha facultad y será decretada de oficio o a petición de parte.

(Subraya y Negrita por el Despacho)

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, el accionante adquirió su status pensional el 27 de noviembre de 2007, por lo tanto, la prescripción de los aportes para pensión frente al factor que se ordena incluir en la presente providencia, opera respecto de los aportes anteriores a los cinco (5) años de adquisición del status pensional, es decir, que sólo se deben descontar los aportes por el período comprendido entre el 26 de noviembre de 2002 y el 27 de noviembre de 2007, los cuales deberán ser debidamente indexados.

Para el caso, la interpretación y aplicación razonables que los jueces administrativos han realizado de los textos legales que rigen el régimen de transición no puede ser considerado como una fuente de responsabilidades ni personales ni estatales, dado que ha sido constante, uniforme y reiterada.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado El FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pagará al demandante la diferencia entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por Pensión de Jubilación, ajustadas, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante de la correcta liquidación de su pensión de jubilación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas

adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

Prescripción

A pesar de que el derecho al reajuste de las mesadas pensionales, no prescribe, no ocurre lo mismo con el pago de la diferencia de valor de dichas mesadas, a las cuales les aplica la regla general de prescripción trienal de los derechos laborales.

En aplicación de la prescripción trienal, regulada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹², se declarará probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias de las mesadas que resulten a favor del demandante con anterioridad al 26 de noviembre de 2012.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que "salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso"¹³.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁴, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera

¹² "Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. 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".

¹³ Artículo 366 "Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.
(...)

¹⁴ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.¹⁵

¹⁵ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección “B”. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 4714 de 18 de julio de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a través de la **FIDUPREVISORA S.A.:**

a. **Efectuar una nueva liquidación** de la pensión de jubilación que percibe el señor **CARLOS AUGUSTO SANTOS BEJARANO**, identificado con la Cédula de Ciudadanía 17.307.014, incluyendo el quinquenio, factor salarial sobre el cual precisa el despacho, que se liquidará en proporción equivalente a 1/60, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

b. **PÁGUESE** al señor **CARLOS AUGUSTO SANTOS BEJARANO**, las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia a partir del 28 de noviembre de 2007, pero con efectos fiscales desde el 26 de noviembre de 2012, por prescripción trienal. Las diferencias que resulten se ajustaran de conformidad con la formula ya señalada.

c. Descontar los aportes correspondientes al factor objeto de reconocimiento en caso de no haberse efectuado deducción legal en la parte que corresponda al trabajador, durante los cinco (5) años anteriores a la adquisición del status pensional, esto es, por el período comprendido entre el 26 de noviembre de 2002 y el 27 de noviembre de 2007.

TERCERO. DECLARASE probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de noviembre de 2012, conforme a lo señalado en la parte motiva del fallo.

CUARTO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

QUINTO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. Ejecutoriada esta providencia por secretaría, archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que los hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Juez