

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., primero (01) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

EXPEDIENTE N°: 11001-33-42-046-2017-00032-00
DEMANDANTE: ALEJANDRO PINTO FONSECA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – Y OTRO.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor ALEJANDRO PINTO FONSECA, identificado con C.C. N°. 19.437.710 expedida en Bogotá D.C., a través de apoderado, promovió el 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 – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG –, y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA –, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda de formularon las siguientes:

“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución N°. 6624 DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2016, expedida por ÁLVARO FERNANDO GUZMAN LLUCERO, DIRECTOR DE TALENTO HUMANO SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios al cumplimiento del status de pensionado.

2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –, le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 26-feb-2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –, a que le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir el 26-feb-2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

2. Ordenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –, que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la Ley.

3. Ordenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación del integral del daño.

4. Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.

5. Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.

6. Condenar en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – teniendo en cuenta la omisión en el acatamiento del precedente jurisprudencial.

7. *Que de las sumas que resulten a favor de mi mandante se descuenta lo cancelado en virtud de la Resolución que le reconoció el derecho a la pensión de jubilación, proferida por la entidad demandada,*”.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

“PRIMERO: Mi poderdante laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por esa entidad.

SEGUNDO: La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior a adquirir el status jurídico de pensionado.

TERCERO: La entidad demandada a llama a restablecer el derecho es LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.”

1.1.3. Normas violadas.

De orden legal y reglamentario: Artículo 15 numeral de la Ley 91 de 1989; artículo 1º Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Decreto 1045 de 1978.

1.1.4 Concepto de violación

El apoderado de la parte actora, considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, de acuerdo a las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- El régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se establece tomando como referencia la fecha en la cual el docente fue vinculado al servicio educativo estatal, es decir, si su vinculación fue anterior a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, aquel será el establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables, pero si su vinculación laboral fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812, estos están bajo el régimen de la Ley 100 de 1993.

- A la demandante se le debe aplicar el régimen pensional establecido en la Ley 91 de 1989, y por tanto, la pensión de jubilación debe reconocerse en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Fiduciaria La Previsora y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – no contestaron la demanda.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem. Igualmente, en dicha audiencia se resolvieron las excepciones, entre ellas, la falta de legitimación por pasiva, la cual se declaró no probada.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reitera los fundamentos de derecho contenidos en la demanda.

Parte demandada: Indica que la entidad demandada obró de conformidad con la ley y el precedente jurisprudencial que sobre el caso particular ha emitido la Corte Constitucional.

Ministerio Público: Solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda atendiendo al régimen especial del personal docente.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, se tiene que en el presente asunto se pretende establecer *“Si el señor ALEJANDRO PINTO FONSECA, tiene o no derecho a que se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes, esto es, con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año servicios a la fecha de adquisición de su status pensional.”*

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- Mediante resolución N°. 6624 de 26 de septiembre de 2016¹, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG-, le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación al señor Alejandro Pinto Fonseca, efectiva a partir del 27 de febrero de 2016.
- Según certificación emitida por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación de Bogotá (folio 6), el señor Alejandro Pinto Fonseca durante el último año devengó los siguientes factores salariales: Sueldo, Sobresueldo, Prima Especial, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad.

2.3 Marco Normativo y jurisprudencial.

Atendiendo lo anterior, 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.

¹ Folios 4-5.

2.3.1 Régimen Pensional Docente

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. 279), el artículo 6² de la Ley 60 de 1993 y el art 115³ de la Ley 115 de 1994, 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 Estado⁴ en sentencia de 10 de septiembre de 2009, en la cual puntualizó:

“(...)

² “Artículo 6º.- *Administración del personal.* Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. (...)”

³ ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.
En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.

⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

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 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 H. 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.

No obstante lo anterior, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁵, previó que los docentes que se vincularan a partir de la vigencia de aquella deberían someterse al régimen pensional de prima media establecidos en las Leyes 100 de 1993 y

⁵ Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. 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. (...)

797 de 2003, para lo cual deberá cumplirse todos los requisitos allí establecidos, salvó la edad, la cual será de 57 años para hombres y mujeres.

Así, se advierte que los docentes vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), mantienen el régimen pensional establecido en las leyes 81 de 1989 concordante con las leyes 33 y 62 de 1985, mientras que los que se vincularan con posteridad a aquella, su régimen pensional sería el contenido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

3. Caso Concreto

De lo demostrado en el proceso, se tiene que el señor Alejandro Pinto Fonseca presta sus servicios como docente a la Secretaría de Educación Distrital desde el 08 de febrero de 1993, y para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), tenía menos de cuarenta años de edad, toda vez que nació el 26 de febrero de 1961, y, menos de 15 años de servicio, requisitos estos que le harían beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, se reitera que el demandante se vinculó como docente a la Secretaría de Educación Distrital de Educación, a partir del 08 de febrero de 1993, de lo que se infiere que el señor Alejandro Pinto Fonseca, es beneficiario de la Ley 91 de 1985, por tanto, le son aplicables las leyes 33 y 62 de 1985.

Igualmente, se observa que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG-, mediante la resolución N°. 6624 de 26 de septiembre de 2016, le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación al señor Alejandro Pinto Fonseca, para lo cual se tuvo como IBL solamente la asignación básica, sobresueldo y prima de vacaciones, excluyendo la Prima Especial, la Prima de Navidad y la prima de servicios.

Del certificado de sueldos expedido por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación de Bogotá (folio 6), se observa que el señor Alejandro Pinto Fonseca durante el año anterior a la adquisición del status pensional devengó los siguientes factores salariales: sueldo, Sobresueldo, prima de especial, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.

Así las cosas, observa el Despacho que la entidad demandada vulneró el ordenamiento jurídico, toda vez que, no incluyó en la liquidación pensional todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (adquisición del status) por el señor Alejandro Pinto Fonseca, por lo tanto, le asiste el derecho al demandante que se le reliquide su pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 en concordancia con lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

De conformidad con lo expuesto, al encontrarse demostrado en el proceso que los actos administrativos atacados vulneraron el ordenamiento jurídico, se declarará la nulidad del mismo, por ello, como restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad accionada, reliquidar la pensión de jubilación del señor Alejandro Pinto Fonseca, aplicando en su integridad el régimen previsto en la Ley 91 de 1989 en concordancia con lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, por ello, se deberán incluir todos los emolumentos devengados por aquel durante el año anterior al retiro definitivo del servicio, para tal efecto, deberá entenderse, que el listado de factores salariales contenido en la Ley 62 de 1985, no es de carácter taxativo sino enunciativo.

Respecto de los factores salariales de "*Bonificación por Servicios, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad*", el Despacho acoge la tesis del Consejo de Estado, en la que establece lo siguiente:

*"(...) La estimación de la bonificación por servicios al momento del cálculo de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100% del valor percibido por ese concepto en consideración a que su pago se hace de manera anual y la mesada pensional se calcula con la proporción mensual de "todos los factores salariales devengados en el último año". (...)*⁶."

"(...) y precisando que la prima de navidad y prima de vacaciones debe incluirse en su doceava parte, comoquiera que se causan anualmente y cuando la norma habla del promedio devengado, se refiere al salario mensual (...)"

De otra parte, es de precisar que el Despacho no encuentra prueba alguna de que los factores salariales denominados prima de servicios y prima de navidad, sobre los que se ordenó reliquidar la pensión se efectuaron los aportes en

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Bertha Lucia Ramirez de Páez (E), sentencia de 27 de febrero de 2014, Radicación número: 17001-23-31-000-2010-00405-01(1896-13), Actor: Gloria Cecilia Patiño Gutiérrez, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social.

pensiones, motivo por el cual deberá la entidad accionada en el evento de no haberlo hecho, al momento de efectuar la reliquidación respectiva, realizar el descuento sobre los emolumentos que se ordenan reconocer mediante esta providencia.

En relación con las deducciones, ha sostenido el Consejo de Estado⁷ que “... *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 correspondientes.*”

Por lo anterior, se hace necesario actualizar el promedio de lo devengado en el último año de servicios, para impedir que el demandante se vea obligada a percibir una pensión devaluada, por lo que en este caso, se ordenará a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor Alejandro Pinto Fonseca, la cual deberá realizarse con **el 75 % de todos los factores salariales devengados durante en el último año de servicios.**

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, la el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – a través de la fiduciaria la PREVISORA S.A., 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 la accionante 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.

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)

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

Sea lo primero indicar que la prescripción es una sanción procesal a la inactividad de la parte interesada, respecto del reconocimiento del derecho pretendido.

Ahora bien, por regla general, las pensiones son imprescriptibles por cuanto el derecho se reconoce a título vitalicio; sin embargo, dicha figura procesal opera sobre las **mesadas pensionales o reliquidación de las mismas**, que no se hubiesen reclamado en tiempo. Al respecto, el Decreto 3135 en su artículo 41, dispone:

“Artículo 41°.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.

Igualmente, el artículo 102 del Decreto 1868 de 1969, respecto el término de prescripción dispone:

“Artículo 102°.- 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.”*

Atendiendo lo dispuesto en las normas precitadas, se tiene que en el presente caso, la prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda (**31 de enero de 2017**), lo que quiere decir, que a la luz de la norma transcrita, las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al **31 de enero de 2014**, se encontrarían prescritas; sin embargo, y como quiera que la pensión le fue

reconocida al demandante a partir del **27 de febrero de 2016**, no hay lugar a lugar a decretar la prescripción.

Condena en 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 que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

El 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 de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones⁸ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección “B”, Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, Bogotá, D.C., sentencia de 28 de octubre de 2016, radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez. Demandado: UGPP.

* Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D. C., providencia de 3 de noviembre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez. Demandado: COLPENSIONES.

* Subsección “B” Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., sentencia de 19 de enero de 2017, Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia palacios de Mosquera, Demandado: UGPP.

* Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho a la defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

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 no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la **NULIDAD parcial** de la resolución N°. 6624 de 26 de septiembre de 2016, proferida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG -, por medio de la cual reconoció la pensión de jubilación al señor ALEJANDRO PINTO FONSECA, identificado con

C.C. N°. 19.437.710 expedida en Bogotá D.C., respectivamente, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – a través de la fiduciaria la PREVISORA S.A., a:

- a) **Efectuar una nueva liquidación** de la pensión de jubilación que percibe el señor ALEJANDRO PINTO FONSECA, identificado con C.C. N°. 19.437.710 expedida en Bogotá D.C., con el 75% de todos los factores salariales que devengados en el último año anterior a la adquisición del retiro (del 27 de febrero de 2015 al 26 de febrero de 2016) a saber: Sueldo, Sobresueldo Prima Especial, Prima de Vacaciones (1/12), Prima de Vacaciones (1/12) y Prima de Navidad (1/12) de conformidad con lo señalado en la parte motiva.
- b) **PÁGUESE** al señor ALEJANDRO PINTO FONSECA, identificado con C.C. N°. 19.437.710 expedida en Bogotá D.C., las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia a partir del **27 de febrero de 2016**. Las diferencias que resulten se ajustaran de conformidad con la formula ya señalada.
- c) En caso de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, deberá efectuar los descuentos correspondientes por razón de los aportes no efectuados debidamente indexados al momento de pagar las mesadas correspondientes.

CUARTO: Se **ORDENA** dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

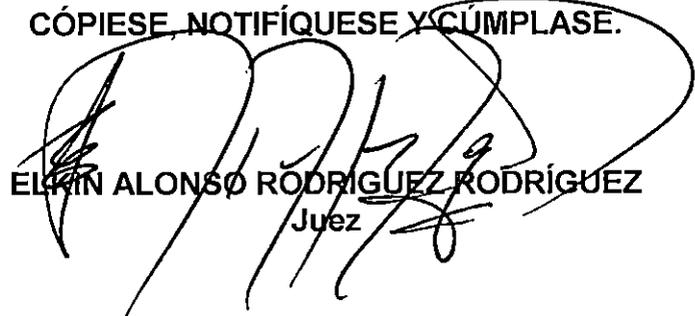
QUINTO: No hay lugar a la condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Contra la presente providencia proceden los recursos de Ley.

EXPEDIENTE N°.: 11001334204620170003200
DEMANDANTE: ALEJANDRO PINTO FONSECA
DEMANDADO: FOMAG - FIDUPREVISORA

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez