REPUBLICA DE COLOMBIA

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

Bogotá D.C., ocho (08) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Expediente : **11001-3342-046-2017-00143-00**
Demandante : **MARIA SOLEDAD QUEVEDO PARDO**
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.

La señora María Soledad Quevedo Pardo, mediante apoderado, 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.12-25).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 1229 de 26 de febrero de 2007, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación.

"se declare que la señora María Soledad Quevedo Pardo, tiene derecho a que el Ministerio de Educación Nacional le reconozca y pague (...) la pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del día que cumplió 20 años de servicio y 55 años de

edad, equivalente al 75% de los salarios, con todos sus factores, devengados en el año que adquirió el status de pensionada..."

A título de restablecimiento del derecho solicita *"...pagar (...) a favor de mi mandante, el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de ley, desde la fecha de la adquisición del status de pensionado...*

Hacer efectivo el pago de dicha pensión, a partir del día 06 de febrero de 2007, día que cumplió el status.

Condenar a la entidad demandada a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor...

Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas a mi mandante, conforme a lo normado en el artículo 192 del CPACA.

Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, dentro del término perentorio señalado en el artículo 192 del CPACA.

Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada".

1.3 Hechos.

Manifiesta que en el reconocimiento pensional, se incluyó únicamente la asignación básica, omitiendo la prima de navidad, prima de vacaciones y prima especial sin justificación alguna.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas: Leyes 91/89, 4/92, 115/94, 65/46, 4/66, 24/47, 6/45 y 812/03 y Decretos 2563/90, 2277/79, 1440/92, 1743/66 y 1045/78.

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 a la adquisición del status pensional.

Contestación de la demanda.

La entidad demandada guardó silencio.

1.5 Audiencia inicial.

El 26 de abril de 2018, 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, diligencia que se llevó a cabo el 31 de agosto de la presente anualidad, en la que se recaudó todo el material probatorio y se concedió el término de diez días para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

1.7 Alegatos de conclusión

Parte actora: Guardó silencio.

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 el 75% del promedio de todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional.

2.2 Hechos probados

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

- ✓ Resolución No. 1229 de 26 de febrero de 2007 por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación por aportes (fs.3-8).

- ✓ Certificado de factores salariales devengados por la demandante (fs.10-11).

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.

2.3.1. Régimen Legal Pensión por aportes

La Ley 71 de 1988, crea la pensión por aportes, la cual consiste en la acumulación de aportes efectuados a las entidades de Previsión Social del Sector Público y al Instituto de Seguros Sociales. En efecto, el artículo 7° de la mencionada ley, dispone:

> *"Artículo 7°: A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.*
>
> *El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas."*

De la norma transcrita, se colige que la pensión por aportes tiene finalidad de proteger al cotizante respecto del tiempo de servicios, cuando a éste le hiciere falta tiempo para acceder a la pensión de jubilación, ya sea en el sector público o en el privado. Sobre el punto en comento el H. Consejo de Estado, señaló[1]:

> *"(...)*
>
> *En virtud del artículo 7° de esta ley se consagró la posibilidad de quienes hubieren laborado tanto en el sector público como en el sector privado, pudieran sumar los tiempos correspondientes para completar los veinte años de aportes*

[1] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2006-0017 de 09 de marzo de 2006, C.P. Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

requeridos y así "Tener derecho a una pensión de jubilación, siempre que cumplan 60 años de o más si es varón y 55 años o más de edad si es mujer.
(...)

De lo hasta aquí dicho, concluye la Sala que en virtud del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, la posibilidad de computar el tiempo de servicio en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos y que requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de la pensión".

La precitada ley fue reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, el cual en sus artículos 6° y 8° determinó que el monto de la pensión por aportes y el Ingreso Base de Liquidación, en cuantía del 75% del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios; sin embargo, el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.

No obstante lo anterior, dicha derogatoria fue anulada por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 15 de mayo de 2014 dictada dentro del proceso 11001-03-25-000-2011-00620-00 (2427-2011)[2], en la que se consideró, que desconoció la finalidad del régimen de transición como mecanismo de protección ante el cambio legislativo.

Dentro de los argumentos que se tomaron en cuenta para tomar tal determinación se encuentran los siguientes:

"Así, en el presente caso, tratándose de una situación análoga a nivel reglamentario, se destaca que la norma que disponía el salario base para la liquidación de la pensión por aportes fue derogada, situación que originó un vacío normativo y obligó a remitirse a la Ley 100 de 1993, aun cuando el legislador dispuso que el Gobierno Nacional debía reglamentar las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes (inc. 2, art. 7, Ley 71 de 1988).

Visto lo anterior, la derogatoria del artículo 6 del Decreto 2709 de 1994, desconoció no solamente la Ley 71 de 1988; sino también la Ley 100 de 1993, ya que ésta previó un régimen de transición, como un mecanismo de protección ante un tránsito legislativo para las personas que tenían la expectativa de adquirir su derecho pensional bajo una normatividad anterior, en este sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional."

[2] C.P. Gerardo Arenas Monsalve

Así entonces, la norma referida cobró vigencia a partir del tal declaratoria de nulidad, y por ende la pensión por aportes estipulada en la Ley 71 de 1988, se deberá liquidar con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios.

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.279), Ley 60 de 1993 (Art.6) y Ley 115 de 1994, (Art.115), 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 Estado[3] 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***

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

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 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.

Si bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció un régimen de transición para aquellas personas que, a la entrada en vigencia de la norma, tenía situaciones jurídicas consolidadas, de manera expresa en el artículo 279 se enlistaron algunos servidores públicos y trabajadores, cuyas situaciones pensionales no serían reguladas por esa normativa, así:

"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.

(...)

PARÁGRAFO. 1°-La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

PARÁGRAFO. 2°- La pensión gracia para los educadores de que tratan las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la caja en el pago de su obligaciones pensionales.

PARÁGRAFO. 3°- Las pensiones de que tratan las Leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARÁGRAFO. 4°- Adicionado por el art. 1, Ley 238 de 1995. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados." (Negrillas de la Sala).

No obstante lo anterior, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003[4], previó que los docentes que se vincularan a partir de su vigencia deberían someterse al régimen pensional de prima media establecidos en las Leyes 100 de 1993 y 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 91 de 1989 concordante con las leyes 33 y 62 de 1985, mientras que los que se vincularen con posteridad a aquella, su régimen pensional sería el contenido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por otra parte, en el parágrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005,

---

[4] **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. (...)

se estableció:

> *"**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". (Negritas del Despacho)*

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 1°.** (...) 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 2010[5], 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:

> *"...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. (...).*

[5] 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.

> *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 Estado[6] 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 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

---

[6] 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).

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 la señora María Soledad Quevedo Pardo ingresó a laborar el 16 de febrero de 1975.

Igualmente, consta del análisis de los documentos obrantes en el expediente, que la accionante laboró en la Secretaría de Educación del Vichada, en el Fondo de ahorro y vivienda distrital – FAVIDI y en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por más de 20 años, por ello, la Secretaría de Educación Distrital – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció la pensión de jubilación por aportes, como en efecto se verifica de la revisión de la Resolución No. 1229 de 26 de febrero de 2007.

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 sólo tomó como base para dicha liquidación, su asignación básica mensual, 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 de la demandante.

Ahora bien, de conformidad con los demás elementos probatorios, se observa que, en el año anterior a la adquisición del status pensional (6 de febrero de 2002 a 5 de febrero de 2003), además de la asignación básica, la demandante devengó la prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad (fl.10), todo lo cual debe incluirse en la liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación.

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 por la parte demandante en el año anterior a la adquisición del status pensional, por lo tanto, le asiste el derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación aplicando en su integridad el régimen previsto en la Ley 71 de 1988 en concordancia con las Leyes 33 y 62 de 1985.

Se precisa en cuanto a los factores salariales de "*prima de vacaciones y prima de Navidad*", el Despacho acoge la tesis del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia del 13 de mayo de 2011, radicación No.11001- 701 – 2009 -00058 -01 Magistrada ponente Dra. Amparo Oviedo Pinto, en la que establece lo siguiente:

> *"(...) 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 menester señalar que el despacho no encuentra prueba alguna de que los factores salariales sobre los 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 los factores salariales que se ordenan 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 correspondientes*[7]*".*

[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).

A su vez, la mencionada Corporación[8], 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 parafiscales[9], 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 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 Cundinamarca[10] 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. Precisado lo anterior, se tiene que, en el sub examine el accionante se retiró del servicio a partir del 1° 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*

---

[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.

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

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 Tributario[11] 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.

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, la accionante adquirió su status pensional el 5 de febrero de 2003, por lo tanto, la prescripción de los aportes para pensión frente a los factores que se ordenan 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 6 de febrero de 1998 y el 5 de febrero de 2003, los cuales deberán ser debidamente indexados.

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.

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

Comoquiera que la pensión de jubilación de la actora le fue reconocida mediante Resolución No. 1229 de 26 de febrero de 2007, y la demanda se radicó el 5 de mayo de 2017, en aplicación de la prescripción trienal, regulada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, se declarará probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias de las mesadas que resulten a favor de la demandante con anterioridad al 5 de mayo de 2014.

La entidad demandada, pagará a la demandante la diferencia entre la nueva liquidación y las sumas ajustadas teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante, 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.

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"[12].

---

[12] 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 obedecimiento 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.
(...)

66

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado[13], en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera 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.[14]

---

[13] Expediente No, 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
[14] 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. 1229 de 26 de febrero de 2007 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago una pensión de jubilación por aportes.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a:

a. **Efectuar una nueva liquidación** de la pensión de jubilación por aportes que percibe la señora MARIA SOLEDAD QUEVEDO PARDO, identificada con la Cédula de Ciudadanía 41.435.140, con el 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada a saber: Sueldo, Prima Especial, doceava parte de la Prima de Vacaciones y doceava parte de la Prima de Navidad de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

b. **PÁGUESE** a la señora MARIA SOLEDAD QUEVEDO PARDO, las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia a partir del 6 de febrero de 2003, pero con efectos fiscales a partir del 5 de mayo de 2014 por prescripción trienal.

c. Las sumas que resulten de liquidar esta sentencia serán actualizadas de conformidad con la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.

d. Descontar los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado deducción legal en la parte que corresponda al trabajador, durante los cinco (5) anteriores a la adquisición del status pensional, esto es,

por el período comprendido entre el 6 de febrero de 1998 y el 5 de febrero de 2003.

TERCERO. DECLARASE probada de oficio la excepción de prescripción respecto de las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 5 de mayo de 2014, 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, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez