

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

Bogotá D.C., seis (06) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2017-00316-00
DEMANDANTE: ESPERANZA GÁLVEZ DE FLÓREZ
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**

La señora ESPERANZA GÁLVEZ DE FLÓREZ, identificada con C.C. N°. 41.642.165 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:

“(…)

Segunda: Se declare la NULIDAD PARCIAL, por violación de la ley de la Resolución N°. 4442 del 21 de agosto de 2002, mediante la cual Reliquida la Pensión de Jubilación en sustitución de la señora ESPERANZA GALVEZ DE FLORES, respecto a la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior al fallecimiento del señor TORIBIO FLORES CRUZ (Q.E.P.D), pensión de jubilación en sustitución reconocida mediante Resolución N°. 2361 del 12 de Julio de 2001, Acto Administrativo proferido por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Tercera: Como consecuencia de las anteriores Nulidades declarada por ilegalidad, y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO lesionado por el acto administrativo precitado se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ a través de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, incluir como base de liquidación de la pensión de jubilación en sustitución, todos los factores salariales devengados por el causante, en el último año de servicios, anterior al fallecimiento como son: PRIMA ESPECIAL – PRIMA DE NAVIDAD Y DEMÁS A QUE TENGA DERECHO.

Cuarta: Como consecuencia de la (s) anteriores Nulidades declaradas por ilegalidad, y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO lesionado por el acto administrativo precitado, se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, a través de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, incluir como base de liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores devengados por el demandante en el último año de servicios al momento del RETIRO DEL SERVICIO DEFINITIVO como son: PRIMA ESPECIAL – PRIMA DE NAVIDAD Y DEMÁS A QUE TENGA DERECHO.

Quinta: Condenar a la RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO lesionado por el acto administrativo precitado, se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, a través de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, a reconocer y pagar a favor de la demandante, el valor de las mesadas pensionales y adicionales que se causen por reliquidación de la pensión de jubilación y sus respectivos reajustes, desde el momento en que se reconoció la pensión jubilación y sus respectivos reajustes, desde el momento en que se reconoció la pensión en sustitución hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia.

Sexta: Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, para que sobre las diferencias adeudadas a mi mandante y solicitadas con la presente demanda, le pague las sumas necesarias para hacer los AJUSTES DE VALOR, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, según lo preceptuado por el Artículo 187 de la Ley 1437 de 2011. (Nuevo Código Contencioso Administrativo).

Séptima: Se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, conforme a lo previsto por el artículo 192 del C.C.A. y de los demás artículos concordantes.

Octava: Se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 187, 188, 189 y 192 de la Ley 1437 de 2011. (Nuevo Código Contencioso Administrativo).

Novena: Se condene en costas en las que se incluyan las agencias en derecho a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, conforme al artículo 188 de la ley 1437 de 2011 (Nuevo Código Contencioso Administrativo).”.

1.1.2 Fundamento fáctico

Como sustento de las pretensiones propuestas, la parte demandante expuso los siguientes hechos:

- “1. Que el señor TORIBIO FLOREZ CRUZ (Q.E.P.D), laboró como DOCENTE NACIONAL, por más de 20 años, se le reconoció la pensión de jubilación mediante Resolución N°. 2361 del 12 de julio de 2001 (sic).*
- 2. El señor (a) TORIBIO FLOREZ CRUZ (Q.E.P.D.) fallece el día 15 de enero de 2001.*
- 3. Mediante resolución N°. 2361 del 12 de Julio de 2001, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, sustituye en favor de la demandante y su hija la pensión de jubilación en proporciones iguales, causada por el señor TORIBIO FLOREZ CRUZ (Q.E.P.D.).*
- 4. Que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante Resolución N°. 3024 del 30 de Agosto de agosto de 2001, modifica la resolución 2361 del 12 de Julio de 2001 en el sentido que le otorga el 100% de la pensión en sustitución a favor de mi mandante la señora ESPERANZA GÁLVES DE FLORES.*
- 5. Que el día 16 de mayo de 2002, la demandante elevó petición, ante la Secretaría de Educación de Bogotá, solicitando la reliquidación de la pensión en sustitución, donde se le incluyeran todos los factores salariales que percibía el último año de servicios anterior al fallecimiento de su compañero permanente el señor TORIBIO FLOREZ CRUZ (Q.E.P.D.).*
- 6. Que el FNPSM ANTE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, mediante Resolución 3879 del 05 de Agosto de 2002, modifica las resoluciones N°. 3024 del 30 de Agosto de 2001y N°. 2361 del 12 de julio de 2001 en el sentido de indicar que la pensión en sustitución es otorgada a mi poderdante en calidad de compañera permanente y no como Conyugue.*

7. Que el FNPSM ANTE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, mediante Resolución N°. 4442 del 21 de Agosto de 2002, liquida parcialmente la pensión en sustitución de la señora ESPERANZA GALVEZ DE FLORES, sin tener en cuenta los factores salariales percibidos por el causante en el último año anterior al fallecimiento del señor TORIBIO FLOREZ CRUZ (Q.E.P.D.)

*8. Los valores no incluidos, ni tenidos en cuenta durante el último año de servicios, obran en el certificado de factores salariales, expedidos por la Secretaría de Educación de Bogotá.
()...”.*

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 29, 46, 48, 49, 53 y 58 de la Constitución Política.

De orden Legal: Artículo 15 numeral 1, artículo 2 numeral 5 de la ley 91 de 1989; artículo 7 del decreto 2563 de 1990; artículo 3 del decreto – ley 2277 de 1979; Literal a) del artículo 2 y 12 de la ley 4 de 1992; artículo 1 del decreto reglamentario 1440 del 1 de septiembre de 1992; artículos 115 y 180 de la Ley 115 de 1994; ley 65 de 1946; artículo 4 de la ley 4 de 1966; artículo 5 del decreto 1743 de 1996; artículo 1 párrafo 2 de la ley 24 de 1947 en concordancia con el artículo 29 de la ley 6 de 1945; decreto 1045 de 1978 en su artículo 45 y artículo 85 de la ley 812 de 2003.

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, por cuanto la demandante tiene derecho a que su pensión sustitutiva le sea reconocida con el régimen anterior a la ley 100 de 1993, es decir, lo previsto en la ley 91 de 1989, que preceptúa que la pensión de los docentes deberá reconocerse con el 75% del salario promedio devengado en el último año anterior a la fecha de adquisidor del status pensional. Debe entenderse que el salario lo componen todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Finalmente, indica que, por principio de favorabilidad, a la demandante debe aplicársele el precedente judicial emanado del Consejo de Estado, que determina

que a los beneficiarios del régimen de transición deben tenerse en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicio.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Secretaría de Educación de Bogotá, en la contestación de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por cuanto a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha en la que entró en vigencia la ley 812, les será aplicable, a efectos del reconocimiento de su derecho pensional, la ley 91 de 1989, y en tal sentido lo dispuesto en las leyes 33 y 62 de 1985, en las que se disponen que el ingreso base de liquidación debe calcularse con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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.

1.2.3. Audiencia de pruebas.

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente, y decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, se dispuso la presentación de alegatos por escrito.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

Parte demandante: Ratificó todos y cada uno de los hechos y pretensiones esbozados en la demanda, en particular, el precedente jurisprudencial emanado del Consejo de Estado. Solicitó que se aplique, respecto de los aportes

pensionales por los nuevos factores incluidos, la prescripción del Estatuto Tributario, es decir, quinquenal.

Parte demandada – Ministerio de Educación: Solicitó solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, y en evento contrario, no se condene en costas a la entidad demandada.

Parte demandada – Bogotá D.C. – Secretaría de Educación: Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en particular, los relacionados con la competencia de las entidades territoriales frente a la expedición de los actos administrativos de reconocimiento de pensiones. Solicitó se establezca la responsabilidad de la entidad territorial.

Ministerio Público: Guardó silencio en esta etapa procesal.

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, en el caso *sub examine* se contrae a determinar *Si la señora ESPERANZA GÁLVEZ DE FLÓREZ, 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 anterior al retiro definitivo.*

2.2 Hechos probados

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

- Mediante resolución N°. 002361 de 12 de julio de 2001¹, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG –, sustituyó la pensión de jubilación que en vida percibió el señor Toribio Flórez en favor de las señoras Esperanza Gálvez de Flórez y Migdalia Flórez Gálvez.

¹ Folios 2-4.

- Por resolución N°. 003024 de 30 de agosto de 2011², el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio acrecentó la pensión sustitutiva reconocida a la señora Esperanza Gálvez de Flórez.
- Por virtud de la resolución N°. 004442 de 21 de agosto de 2002³, se reliquidó la pensión sustitutiva reconocida a la demandante. En dicho acto administrativo, se calculó el Ingresó Base de Liquidación sobre el 75% del promedio de lo devengado por el causante en el último año anterior a la fecha del retiro.
- A folio 13 del expediente obra comprobante de nómina que percibió el señor Toribio Flórez Cruz (†) durante el año anterior a la fecha de su muerte.

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.

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), Ley 60 de 1993 (Art. 6) y Ley 115 de 1994, (Art.115), han mantenido estas prerrogativas a favor de los

² Folios 5-6.

³ Folios 10-12.

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:

“(…)

*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

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

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 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 vincularan con posteridad a aquella, su régimen pensional sería el contenido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

2.3.2 De la reliquidación pensional – Régimen de transición.

La Ley 6 de 1945⁶ en su artículo 17 literal b) estableció en favor de los empleados y obreros nacionales el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, cuando aquellos hubieren cumplido más de 50 años de edad y 20 años de servicio continuo o discontinuo al servicio de entidades públicas. La cuantía de dicha prestación sería equivalente a las dos terceras partes de los sueldos o jornales devengados, sin que pudiere ser inferior a 30 pesos ni superior a 300.

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. (...)

⁶ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo."

Posteriormente, el artículo 4 de la Ley 4 de 1966⁷, "*Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones*", incrementó la cuantía de la pensión de jubilación, pasando del 66% (dos terceras partes) al 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968, en su artículo 27 respecto de la pensión de jubilación dispuso:

"Art. 27.- El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio(...)" (Subraya y Negrita del despacho).

De la norma precitada, se evidencia, en primer lugar, que la edad de jubilación de los varones fue incrementada, estableciéndose en 55 años; mientras que las mujeres seguirían adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad; y, en segundo lugar, que el tiempo de servicios y la cuantía pensional permanecieron iguales al régimen anterior, es decir, 20 años de servicios y 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

El Decreto 3135 de 1968 fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, el cual respecto de la cuantía pensional precisó en su artículo 73, lo siguiente:

*"Artículo 73º.- Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los **salarios y primas de toda especie percibidas** en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin. (Subrayado declarado nulo. Sentencia del 7 de junio de 1980 H.C. de E.). (Negrita del Despacho)"*

La precitada norma precisa que la cuantía de la pensión se calculará sobre el 75% de todos los salarios y primas devengados en el último año de servicios; sin embargo, no se estableció cuáles emolumentos constituían salario, razón por la cual, el legislador, a través del Decreto 1042 de 1978⁸, dispuso que son factores

⁷ ARTICULO 4o. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

⁸ "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones."

salariales además de la asignación básica y del trabajo suplementario, "todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución directa por sus servicios"⁹.

En concordancia con lo dispuesto, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, estableció una lista de los factores salariales que se deben tener en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

El tenor literal del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es el siguiente:

"Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968."

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985¹⁰, se equiparó la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación (55 años), se unificaron los regímenes pensionales de los empleados oficiales de todos los niveles, y se consagraron unas excepciones en cuanto a su aplicación.

El artículo 1° de la Ley 33 de 1985, dispuso lo siguiente:

⁹ **Artículo 42°.-** De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario: a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto; b) Los gastos de representación; c) La prima técnica; d) El auxilio de transporte; e) El auxilio de alimentación; f) La prima de servicio; g) La bonificación por servicios prestados; h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión

¹⁰ "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."

“Art. 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión 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.

....

Parágrafo 2º: Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley. (Negrita y Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con lo expuesto, se infiere que la Ley 33 de 1985 contenía el régimen pensional aplicable al sector público sin distinción alguna; salvo en los siguientes eventos: 1) Cuando se ejercieran actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2) Cuando a la fecha de entrar vigencia de dicha ley, los empleados oficiales hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones que regían con anterioridad, y 3) Cuando los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiéndose por las normas anteriores.

Por su parte, la **Ley 62 de 1985**¹¹, respecto de la base de liquidación de la Pensión de Jubilación estableció que cuando se trate de empleados de orden Nacional, se deberán tener para efectos de liquidar su pensión los siguientes emolumentos: Asignación Básica, Gastos de Representación, Primas de

¹¹ "Por la cual se modifica el artículo 3º de la Ley 33 de 1985"

Antigüedad, Técnica, Ascensional y de Capacitación, Dominicales y Feriados, Horas Extras, Bonificación por Servicios Prestados, Trabajo Suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Ahora bien, la jurisprudencia tanto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como del Consejo de Estado, ha determinado que la naturaleza del listado contenido en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, es de carácter enunciativo, pues se debe entender como salario, todo lo que devenga el trabajador de manera periódica y permanente y que tenga como finalidad retribuir el servicio prestado por el trabajador (funcionario público).

En este punto, el Despacho considera importante citar la jurisprudencia del Consejo de Estado¹² en Sala de Consulta y Servicio Civil que sobre el tema 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”* (Negrita del Despacho).

La Ley 100 de 1993, instauró un Sistema de Seguridad Social, que derogó la mayoría de regímenes pensionales que se encontraban vigentes para su fecha de expedición, lo cual trajo como consecuencia, la modificación de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas; sin embargo, teniendo en cuenta las posibles **expectativas legítimas** de las personas que para el momento de entrada en vigencia de dicha norma se encontraban cerca de acceder a su derecho a la pensión y, previendo el tránsito de las diferentes normas pensionales, en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se

¹² Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069):

consagró el **Régimen de Transición** que fijó las reglas para identificar en qué casos se pueden aplicar regímenes pensionales anteriores, así:

“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

~~<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (...)~~ (Subraya y Negrita del Despacho).

Acorde con lo expuesto, se tiene que el régimen de transición se aplica respecto de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión previsto en el régimen anterior, siempre que al momento de entrar en vigencia el sistema (1 de abril de 1994), el beneficiario (cotizante) tenga treinta y cinco años o más de edad si son mujeres, o cuarenta o más si son hombres, o quince o más años de servicio cotizados.

A su turno el Acto Legislativo No 1 de 2005 estableció entre otras cosas lo siguiente:

“(...) Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones”.

“En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”.

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

"La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

"Parágrafo 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

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

"Parágrafo transitorio 2o. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".

"Parágrafo transitorio 3o. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este

Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

"Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen (...)".(Subraya y Negrita del Despacho).

Lo anterior implica que el régimen de transición fue limitado en el tiempo por el Acto Legislativo 1 de 2005, sin que pueda extenderse más allá del 31 de julio de 2010, estableciendo una excepción a dicho límite y es para quienes a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No 1 de 2005¹³ tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el 31 de diciembre del año 2014.

Luego, para aquellos servidores del Estado que estando en procura del reconocimiento pensional al amparo del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe verificarse el tiempo de servicios o de semanas cotizadas al 25 de julio de 2005 fecha en que entro en vigencia el Acto Legislativo 1 de 2005, que como mínimo el constituyente señaló en 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio que lo será catorce años, cinco meses y quince días.

3. Caso Concreto

De lo demostrado en el proceso, se tiene que el señor Toribio Flórez Cruz (†) prestó sus servicios durante más de 20 años a la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, y para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), tenía más de 15 años de servicio, razón por la cual, le resultaba aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

¹³ Rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.



EXPEDIENTE N°.:11001-33-42-046-2017-00316-00
DEMANDANTE: ESPERANZA GALVEZ DE FLOREZ
DEMANDADO: FOMAG - FIDUPREVISORA

Igualmente, se observa que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG-, mediante la 002341 de 09 de octubre de 1998, le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación al señor Toribio Flórez Cruz. Asimismo, se acreditó en el proceso que mediante resolución N°. 002361 de 12 de julio de 2001, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG -, sustituyó la pensión de jubilación que en vida percibió el señor Toribio Flórez en favor de la señora Esperanza Gálvez de Flórez y Migdalia Flórez Gálvez, prestación que le fue acrecentada por la resolución N°. 003024 de 30 de agosto de 2011.

Por virtud de la resolución N°. 004442 de 21 de agosto de 2002, se reliquidó la pensión sustitutiva reconocida a la demandante. En dicho acto administrativo, se calculó el Ingresó Base de Liquidación sobre el 75% del promedio de lo devengado por el causante en el último año anterior a la fecha del retiro.

Del certificado de sueldos expedido por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación de Bogotá (folio 13), se observa que el señor Toribio Flórez Cruz (†), durante el año anterior a la adquisición del retiro del servicio, devengó los siguientes factores salariales: Sueldo, Prima de Alimentación, Prima de Vacaciones 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 anterior a la fecha de retiro del servicio por el señor Toribio Flórez Cruz (†), por lo tanto, le asiste el derecho a la demandante que se le reliquide su pensión sustitutiva 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 el acto administrativo demandado vulneró 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 sustitutiva que percibe la señora Esperanza Gálvez de Flórez, 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 a la fecha de adquisición del status, 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 "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". (...)”¹⁴."

"(...) 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 (...)"

En relación con las deducciones, ha sostenido el Consejo de Estado¹⁵ 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." 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 correspondientes”¹⁶.

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez 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.

¹⁵ 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)

¹⁶ 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 Corporación¹⁷, 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 parafiscales¹⁸, 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 Cundinamarca¹⁹ 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

¹⁷ 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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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

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 Tributario²⁰ 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 demandante adquirió su status pensional el 15 de enero de 2001, por fallecimiento del señor Toribio Flórez Cruz, 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 15 de enero de 1996 al 14 de enero de 2001, los cuales deberán ser debidamente indexados.

Por lo anterior, se hace necesario actualizar el promedio de lo devengado en el último año de servicios, para impedir que la 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 a la señor Esperanza

²⁰ Decreto 624 de 1989 “por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”

Galvéz de Flórez, la cual deberá realizarse con el 75 % de todos los factores salariales devengados durante en el último año de servicios.

Decisión.

Con base en lo anterior, se declarará la nulidad de la resolución N°. 00442 del 21 de agosto de 2002, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación a la demandante, en cuanto a través no se incluyeron todos los factores salariales devengados por el causante, señor Toribio Flórez Cruz (†), en el último año anterior a su deceso.

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 (en este caso sobre los descuentos efectuados sobre aquellas)**, que no se hubiesen reclamado en tiempo.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, sobre el fenómeno de la prescripción prevé lo siguiente:

"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

A su vez el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, respecto de la prescripción dispone:

"1 Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanen 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."

De acuerdo a lo precitado, la prescripción en el presente caso se interrumpió con la demanda, razón por la cual, los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como las diferencias pensionales, causadas con anterioridad al **21 de septiembre de 2014**, se encuentran prescritos.

En cuanto a la aplicación de los ajustes de valor que se dispondrá, la entidad demandada deberá dar aplicación a la fórmula acogida por el H. Consejo de Estado, en los siguientes términos:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de este providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

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

Secciones²¹ 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.

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 de 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

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 28 de octubre de 2016, Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14), Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.* Subsección B, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14), Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez, Demandado: Administradora Colombiana De Pensiones (Colpensiones).* Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2017, Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14), Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP * Sección Cuarta sentencia del veinte 20 de febrero de 2017, Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa De Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, 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** de la Resolución N°. 004442 de 21 de agosto de 2002, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se le negó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios a la señora ESPERANZA GÁLVEZ DE FLÓREZ, identificada con C.C. N°. 41.642.165 expedida en Bogotá D.C.

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 la señora ESPERANZA GÁLVEZ DE FLÓREZ, identificada con C.C. N°. 41.642.165 expedida en Bogotá D.C., con el 75% de todos los factores salariales que devengados en el último año anterior a la fecha del retiro definitivo del causante, señor TORIBIO FLÓREZ CRUZ, (desde 16 de enero de 2000 al 15 de enero de 2001) a saber: Sueldo, Prima Alimentación, Prima de Vacaciones (1/12), Prima de Navidad (1/12) de conformidad con lo señalado en la parte motiva.
- b) **PÁGUESE** a la señora ESPERANZA GÁLVEZ DE FLÓREZ, identificada con C.C. N°. 41.642.165. 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 **21 de septiembre de 2014**. 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 15 de enero de 1996 al 14 de enero de 2001.

CUARTO: Declarar probada la excepción de prescripción respecto de los descuentos efectuados sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como las diferencias pensionales, causadas con anterioridad al **21 de septiembre de 2014**.

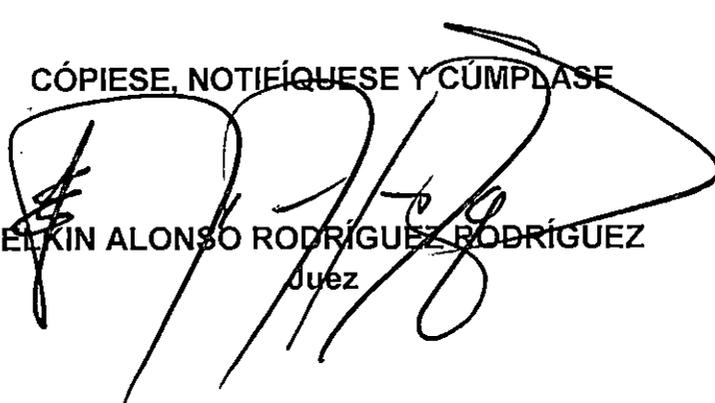
QUINTO: Las sumas aquí reconocidas en favor de la señora ESPERANZA GÁLVEZ DE FLÓREZ, identificada con C.C. N°. 41.642.165 expedida en Bogotá D.C. deberán ser actualizadas de conformidad con la fórmula expuesta en la parte motiva del presente proveído, en consideración a lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: Sin lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y reconocer intereses conforme al artículo 195 ibídem.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez