

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 N°.: 11001-33-42-046-2018-00049-00
DEMANDANTE: NELSON LÓPEZ CASALLAS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG – Y OTRO.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

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

1 ANTECEDENTES**1.1 La demanda**

El señor NELSON LÓPEZ CASALLAS, identificado con C.C. N°. 5.941.884 expedida en Líbano (Tolima), a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la NACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG –, y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA –, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

En la demanda de formularon las siguientes:

"1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución N°. 997 DE 15 DE MAYO DE 1997, suscrita por ÁNGEL ZAADHY GARCÉS SOTO DIRECTOR DE TALENTO HUMANO SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -, le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 24 DE DICIEMBRE DE 1996, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -, a que le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir el 24 DE DICIEMBRE DE 1996, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

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

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

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

5. Ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de

EXPEDIENTE N°.: 11001334204620180004900
 DEMANDANTE: NELSON LÓPEZ CASALLAS
 DEMANDADO: FOMAG - FIDUPREVISORA

ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.

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

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

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

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

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

1.1.3. Normas violadas.

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

1.1.4 Concepto de violación

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

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

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

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

Las entidades demandadas no contestaron la demanda.

1.2.2 Audiencia Inicial

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

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Ratificó los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda. Igualmente, manifestó que en el asunto objeto de debate no es posible aplicar el precedente jurisprudencial emanado del Consejo de Estado, por cuanto, la pensión de jubilación de los docentes no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993. Finalmente, solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda.

El **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 el problema jurídico se contrae a determinar: Si el señor Nelson López Casallas tiene 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 anterior a la adquisición del status de pensionado.

2.2 Hechos probados

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

- Mediante Resolución N°. 000997 de 15 de mayo de 1997¹, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG-, le reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación al señor Nelson López Casallas, efectiva a partir del 25 de diciembre de 1996. En dicho acto administrativo de reconocimiento pensional, el FOMAG tuvo en cuenta para efectos de liquidar la pensión del demandante los siguientes factores salariales: Asignación Básica o Sueldo, Sobresueldo Nacional, Auxilio de Alimentación y Prima Especial.
- Según certificación emitida por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación de Bogotá (folio 7), el señor Nelson López Casallas durante el año anterior a la adquisición del status pensional devengó los siguientes factores salariales: Sueldo, Prima de Alimentación, Prima Especial y Prima de Navidad.

¹ Folios 4-6.

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 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 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 Estado² 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,*

² Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.

Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria. (...) (Negrita del Despacho).

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

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

No obstante lo anterior, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003³, 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.

³ 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. (...)

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.

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 párrafo primero transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, 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)

Recientemente la Sala Plena del H. Consejo de Estado determinó la fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición y sentó la siguiente regla jurisprudencial: ***“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.***

Frente a esta regla señaló lo siguiente y fijó las siguiente subregla frente a los docentes:

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

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989⁴. Por esta razón, **estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en cuanto al derecho pensional de los docentes, dispone:

“**Artículo 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

[...]

2. Pensiones:

[...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al **75% del salario mensual promedio del último año**. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional [...].”

Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima

⁴ Ley 100 de 1993. “Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] 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 [...]”.

media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual señala:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres [...]”.

Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15).

Esta regulación fue ratificada por el párrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, al disponer:

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

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).”

2.3.2 De la reliquidación pensional – Régimen de transición.

La Ley 6 de 1945⁵ 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 pudiese ser inferior a 30 pesos ni superior a 300.

⁵ “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 1966⁶, "*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 1978⁷, dispuso que son factores

⁶ 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.

⁷ "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"*⁸.

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 tuvieron 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 1985⁹, 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 1º de la Ley 33 de 1985, dispuso lo siguiente:

⁸ **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

⁹ "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 1985¹⁰**, 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

¹⁰ "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 Estado¹¹ 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

¹¹ Concepto de 16 de febrero de 2012, Rad. N°. 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 hiciere 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 hiciere 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 parágrafos 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 parágrafos 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".

EXPEDIENTE N°.: 11001334204620180004900
 DEMANDANTE: NELSON LÓPEZ CASALLAS
 DEMANDADO: FOMAG - FIDUPREVISORA

"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 2005¹² 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 demandante vinculó como docente a la Secretaría de Educación Distrital de Educación, a partir del 17 de febrero de 1965, prestando sus servicios durante más de 20 años a dicha entidad.

¹² Rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

Igualmente, se acreditó que el señor Nelson López Casallas adquirió su estatus pensional el día 24 de diciembre de 1996, toda vez que nació el 24 de diciembre de 1941.

Asimismo, se demostró que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG-, mediante la Resolución N°.000997 de 15 de mayo de 1997, le reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación al señor Nelson López Casallas, para lo cual se tuvo como IBL solamente el sueldo, el sobresueldo nacional, auxilio de alimentación y prima especial, factores que fueron devengados por el demandante durante el último año de servicios anterior a la fecha de adquisición del status.

Del certificado de sueldos expedido por el Profesional Especializado de la Secretaría de Educación de Bogotá (folio 7), se observa que el señor Nelson López Casallas, durante el año anterior a la adquisición del retiro del servicio, devengó los siguientes factores salariales: Sueldo, Prima Especial, Prima de Alimentación y Prima de Navidad.

Así las cosas, advierte 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 el señor Nelson López Casallas en el último año de servicios anterior a la fecha de retiro del servicio. En consecuencia, le asiste el derecho al demandante que se le reliquide su pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 en concordancia con lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

De conformidad con lo expuesto, al encontrarse demostrado en el proceso que 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 que percibe el señor Nelson López Casallas, 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 la 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". (...) ¹³."

"(...) 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 Estado¹⁴ 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 los factores salariales 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, realizará el descuento sobre aquellos al momento de efectuar la reliquidación respectiva.

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 ¹⁵."

A su vez, la mencionada Corporación¹⁶, 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

¹³ CE, SCA, S2, SS"B", sentencia de 27 de febrero de 2014, Rad. N°.: 17001-23-31-000-2010-00405-01(1896-13), Actor: Gloria Cecilia Patiño Gutiérrez.

¹⁴ CE, SCA, S2, SS"A", sentencia del 29 de mayo de 2003, Rad N°: 2009-2990-01(4471-02)

¹⁵ CE, SCA, S2, SS"A", sentencia del 29 de mayo de 2003, Rad. N°. 2009-2990-01(4471-02).

¹⁶ CE, SCA, S4, Sentencia del 26 de marzo de 2009, Rad. No.: 25000-23-27-000-2002-00422-01-16257, Actor: Banco de Bogotá

sus afiliados, establecidas por el Estado en ejercicio de su potestad impositiva.

En consecuencia, (...) estos aportes a la Seguridad Social sí son contribuciones parafiscales¹⁷, 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 Cundinamarca¹⁸ en un reciente pronunciamiento señaló:

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

Con base en lo anterior se tiene que los aportes a la seguridad social constituyen una contribución parafiscal, por lo tanto, sobre estos recae la prescripción prevista en el artículo 817 del Estatuto Tributario¹⁹ 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.

¹⁷ CC, sentencia C-577 de 1995 / CE, SCA, S4, sentencia de 3 de julio de 2003, exp. 13263.

¹⁸ TAC, SS, SS"D", sentencia de 3 de agosto de 2017, Rad. N°. 2016-00124, Actor: Eudoro Briñez Orjuela, Demandado: UGPP

¹⁹ Decreto 624 de 1989 "por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales"

EXPEDIENTE N°.: 11001334204620180004900
DEMANDANTE: NELSON LÓPEZ CASALLAS
DEMANDADO: FOMAG - FIDUPREVISORA

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, el demandante adquirió su status pensional el 24 de diciembre de 1996; por ende, 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 a dicha calenda, es decir, que sólo se deben descontar los aportes por el período comprendido entre el 25 de diciembre de 1991 hasta el 24 de diciembre de 1996, 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 el demandante se vea obligado a percibir una pensión devaluada, por lo que en este caso, se ordenará a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación reconocida al señor Nelson López Casallas, 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 parcial de la Resolución N°. 000997 de 15 de mayo de 1997, por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación a la demandante, en cuanto a no se incluyeron todos los factores salariales devengados por él, en el último año anterior a la fecha de su retiro definitivo.

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:

"Artículo 102°.- Prescripción de acciones.

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

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

De acuerdo a lo precitado, la prescripción en el presente caso se interrumpió con la demanda, razón por la cual, las diferencias pensionales causadas con anterioridad al **13 de febrero de 2015**, se encuentran prescritas.

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 el 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 Secciones²⁰ 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

²⁰ CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 28 de octubre de 2016, Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14), Actor: Manuel Wadís Rodríguez Jiménez, * CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14), Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez * CE, SCA, S2, SS“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 * CE, SCA, S4, sentencia del veinte 20 de febrero de 2017, Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa De Consumo.

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 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 parcial de la Resolución N°. 000997 de 15 de mayo de 1997, proferida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG –, por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación al señor NELSON LÓPEZ CASALLAS, identificado con C.C. N°. 5.941.884 expedida en Líbano (Tolima), conforme lo expuesto en la parte motiva.

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

- a) **Efectuar una nueva liquidación** de la pensión de jubilación que percibe el señor NELSON LÓPEZ CASALLAS, identificado con C.C. N°. 5.941.884 expedida en Líbano (Tolima), con el 75% de todos los factores salariales que devengados en el último año anterior a la adquisición del estatus (del 25 de diciembre de 1995 al 24 de diciembre de 1996) a saber: Sueldo, Sobresueldo, Prima de Alimentación, Prima Especial y Prima de Navidad, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.
- b) **PÁGUESE** al señor NELSON LÓPEZ CASALLAS, identificado con C.C. N°. 5.941.884 expedida en Líbano (Tolima), las diferencias que resulten entre lo pagado por la entidad y la nueva reliquidación ordenada en esta sentencia a partir del **25 de diciembre de 1996, pero con efectos fiscales desde el 13 de febrero de 2015**. Las diferencias que resulten se ajustaran de conformidad con la formula ya señalada.
- c) En caso de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, deberá efectuar los descuentos correspondientes por razón de los aportes no efectuados debidamente indexados al momento de pagar las mesadas correspondientes.
- d) 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 25 de diciembre de 1991 hasta el 24 de diciembre de 1996.

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

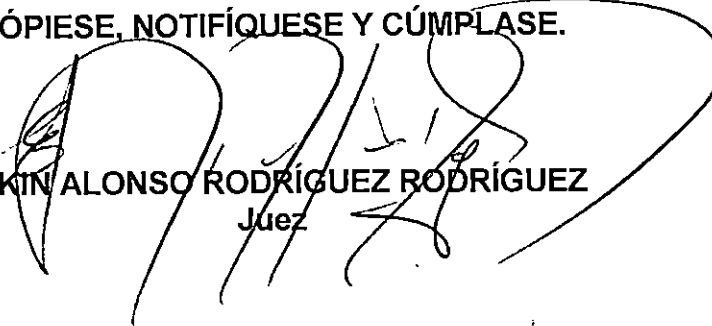
QUINTO: No hay lugar a la condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

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

EXPEDIENTE N°.: 11001334204620180004900
DEMANDANTE: NELSON LÓPEZ CASALLAS
DEMANDADO: FOMAG - FIDUPREVISORA

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez