



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.

Acta No. 88 DE 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2016-00447-00

Demandante: Gloria Stella Bautista Rodríguez

Demandado: Ministerio de Educación Nacional -Fomag

Tema: Reliquidación pensional docente

Sala: 2

Sentencia. 90

En Bogotá D.C., a los trece(13) días del mes de agosto de 2018, siendo las **8:30 am**, la suscrita Juez **17** Administrativo Oral de Bogotá declara formalmente abierta la presente AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora Gloria Stella Bautista Rodriguez, en el radicado 110013335-017-2016-00447-00 en contra del **Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG**.

Presentación de las partes intervinientes

1. Apoderado del demandante: ANDRÉS SÁNCHEZ LANCHEROS, con cédula de ciudadanía No. 80.154.207. y T. P. No. 216719 del C.S. de la judicatura, autoriza notificaciones al correo electrónico: andrusanchez17@yahoo.es
2. Apoderada de la parte demandada. JENIFER LÓPEZ IGLESIAS identificada con cédula de ciudadanía 1.022.360.598 y T.P. 246.167 del C.S.J. a quien se reconoce personería conforme al poder de sustitución de conformidad con el poder que aporta en audiencia, autoriza notificaciones al correo electrónico. notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co,

Se deja constancia de la no asistencia del Ministerio Publico Dr. Álvaro Pinilla Galvis Procurado 87 judicial I ante este despacho.

(Min.00.07.14) Se reconoce personería jurídica a la apoderada de la parte demandada mediante **auto de sustanciación No. 620** Se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Saneamiento (Min.00.07.14) El despacho no observa irregularidades en el procedimiento efectuado hasta esta instancia o vicios que contengan una nulidad que deba ser declarada de oficio. Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No 678** y se notifica en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Excepciones (Min.00.30.25) Conforme con las disposiciones del artículo 175, 199 y 200 del C.P.A.C.A., la entidad allegó contestación de la demanda de manera extemporánea, toda vez que se notificó a la accionada el 12 de mayo de 2017, empezando a correr los términos desde el **15 de mayo de 2018** hasta el **04 de agosto de 2017**, como bien se observa en el

Sistema Siglo XXI. Sin embargo se deja constancia que para los días 16 de mayo, 6 y 7 de junio de 2017, hubo paro judicial, por lo tanto el termino para contestar la demanda era hasta el **10 de agosto de 2017** y el escrito de la accionada es del fecha **11 de agosto de 2017**, en consecuencia siendo extemporáneo, por tal razón no se tendrá en cuenta la contestación de la demanda.

Por tanto no hay excepciones que resolver respecto de esta entidad. Tampoco encuentra el Despacho excepciones previas que deban resolverse de oficio. Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.679** Las partes quedan notificadas en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Fijación del litigio (Min. 00.37.10) Pretensiones de la demanda

1. Se declare la nulidad de las **Resoluciones 2254 del 24 de abril de 2015 y 3153 de 2 de julio de 2015**, por medio de las cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación, respecto a la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.
2. Como consecuencia de lo anterior se ordene al Ministerio de Educación- Fomag incluir como base de liquidación, todos los factores salariales devengados por la demandante el último año de servicio tales como: prima especial, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y demás que tenga derecho.
3. Condenar a la demandada a reconocer y pagar a la accionante el valor de las mesadas pensionales adicionales que se causen por la reliquidación de la pensión de jubilación desde el momento del retiro definitivo hasta el cumplimiento de la sentencia.
4. Condenar a que sobre las diferencias adeudadas a la accionante se paguen las sumas necesarias para hacer el ajuste al valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, según lo preceptuado por el artículo 187 del CPACA., y al reconocimiento y pago de los interés moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, sobre las sumas adeudadas conforme a lo previsto en el artículo 192 del C.C.A., y demás concordantes
5. Que se condene en costas en las que se incluyan las agencias en derecho conforme al artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

Normas Violadas y Concepto De Violación: La demandante invocó los artículos 1,2,4.5.6, 13, 23, 25, 29, 46, 48,49, 53 y 58 de la Constitución Política, la Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 115 de 1994, Decreto 2831 de 2005 y demás normatividad concordante.

Consideró que el Ministerio de Educación-Fomag, abusó de su competencia discrecional, al no liquidar la pensión de la accionante conforme a los factores salariales que percibía en el último año de servicio, vulnerando normas y principios constitucionales. En cuanto a los factores salariales indicó que deben tenerse en cuenta que con Sentencia del 4 de agosto de 2010 del H Consejo de Estado, se dejó claro que se deben incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador en el último año de servicios.

Problema jurídico (Min.00.38.58) El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante, todos los factores salariales devengados en el año **inmediatamente anterior al retiro del servicio definitivo**, conforme la ley 33 de 1985 y en concordancia con la jurisprudencia unificada del 10 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio 680 y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Conciliación (Min. 00. 01.09.08) Si bien la controversia aquí ventilada tiene que ver con **derechos ciertos e indiscutibles**, los efectos económicos de los actos impugnados pueden ser objeto de conciliación, por lo que se procede a indagar al Apoderado de la accionada, para que informe al Despacho si el comité de conciliación de dicha Entidad se reunió y si existe formula de conciliación en el caso referente.

Al respecto el apoderado judicial del Ministerio de Educación-FOMAG manifestó que a la Entidad: No le asiste ánimo conciliatorio de conformidad con la certificación del comité de conciliación del 17 y 18 de mayo de 2017 anexa en el expediente (Fl.44).

En consecuencia, al no existir ánimo conciliatorio se dispone: declarar fallida la oportunidad de conciliar judicialmente el asunto de la referencia. La presente decisión se adopta **mediante Auto interlocutorio No.681** y se notifica en estrados a las partes conforme al artículo 202 del CPACA. No se interponen recursos.

Medidas Cautelares (Min.01.10.36) En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal. Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio No. 682 y notificados en estrados.

Decreto de Pruebas (Min.01.19.07) En virtud de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 180 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 212 ibídem, el Despacho procede a pronunciarse respecto de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes así:

A favor de la Parte demandante: En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se decretan y se tienen como pruebas al momento de fallar los documentos acompañados con la demanda dentro de las cuales se encuentran:

- Resolución 00208 de 22 de enero de 2004, que reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de Jubilación.(Fl. 2-3)
- Resolución 13194 de 03 de diciembre de 2013, por la cual se retira del servicio a unos docentes, por cumplir la edad de retiro, entre ellos la accionante (Fl. 4-8)
- Solicitud de revisión de pensión del 18 de marzo de 2015 (Fl.9)
- Resolución 2254 de 24 de abril de 2015, por medio de la cual se niega la solicitud de revisión de la pensión de jubilación (Fl. 10-13)
- Resolución 3153 de 02 de julio de 2015, la cual niega la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante (F. 14-15)
- Certificado laboral y de factores salariales percibidos del año 2013 a 2014 (Fl.16-18)

Parte demandada: No se decreta ninguna prueba, como quiera que no contestó la demanda.

Este auto de pruebas se adopta mediante auto interlocutorio **No. 684** y se notifica a las partes en estrados. Sin recursos

Saneamiento. El despacho pregunta a los intervinientes si evidencian alguna irregularidad en el trámite efectuado en la audiencia inicial que pueda acarrear alguna **nulidad en la actuación**. Se deja constancia de que las partes no observan irregularidad alguna en el trámite de la diligencia que pueda acarrear nulidad.

Alegatos conclusivos Teniendo en cuenta que con las pruebas obrantes son suficientes para tomar una decisión de fondo, el despacho se ordena correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos conclusivos otorgando a cada una un término máximo de 10 minutos. La presente decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.685 y se notifica en estrados** conforme con el artículo 202 del CPACA Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia

Parte demandante (Min.01.30.31): Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, expone sus alegatos en la forma consignada en el audio.

Parte demandada (Min.01.35.44): Rinde sus alegatos tal como queda consignado en el audio de la diligencia y solicita que se absuelva a la demandada de lo pretendido en la demanda.

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a dictar la siguiente **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

SENTENCIA No. 90 (Min. 02.40.00)

Tesis del demandante. Consideró que el Ministerio de Educación-Fomag, abusó de su competencia discrecional, al no liquidar la pensión de la accionante conforme a los factores salariales que percibía en el último año de servicio, vulnerando normas y principios constitucionales. En cuanto a los factores salariales indicó que deben tenerse en cuenta que con Sentencia del 4 de agosto de 2010 del H Consejo de Estado, se dejó claro que se deben incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador en el último año de servicios.

Tesis del Ministerio de Educación Fomag: (Min.01.35.44): Señala que no es procedente reliquidar la pensión de jubilación del demandante en razón a que los factores que se reclaman incluir en el ingreso base de liquidación no se tuvieron en cuenta para efectos de realizar las deducciones parafiscales al sistema general de seguridad social, lo anterior, en consonancia con el acto legislativo 01 de 2005, la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia y de la Corte Constitucional.

Problema jurídico

El problema jurídico consiste en establecer si debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante, todos los factores salariales devengados en el año **inmediatamente anterior al retiro del servicio definitivo**. Conforme la ley 33 de 1985 y en concordancia con la jurisprudencia unificada del 10 de agosto de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Solución al problema jurídico:

Como quiera que la demandante ingresó al servicio docente con anterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003, el régimen para el reconocimiento pensional es el previsto por la ley 33 de 1985, decreto 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

Así, en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señaló que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Y respecto de los factores salariales, el artículo 3º *eiusdem* consagró una lista de los mismos que irían a componer el ingreso base de liquidación.

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3º de la citada Ley 33 del mismo año, adicionando tres (3) factores salariales a la lista allí consignada.

Se advierte en este punto, que la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010,¹ unificó su posición jurisprudencial en relación con los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas beneficiadas con la ley 33 de 1985, en el sentido de inclinarse a favor de la tesis menos restrictiva conforme a la cual en la Ley 33 de 1985 no se indican en forma taxativa los factores salariales para efectos de liquidar la pensión de jubilación, sino que, deduce la sentencia, que los mismos están simplemente enunciados.

Consideraciones generales (Min.01.41.27)

De conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, las personas vinculadas al servicio educativo, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, se encuentran amparadas por el régimen pensional de prima media contemplado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por su parte, a los docentes vinculados con anterioridad a la misma, se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003. Criterio que fue ratificado por el parágrafo transitorio 1.º del Acto Legislativo 001 de 2005:

«[...] 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 [...]».

Así mismo, la ley 91 de 1989 estableció que 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 una pensión de jubilación y gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, tal y como ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, entre otras en su sentencia del 23 de febrero de 2016 en la que sostuvo: .

“La Ley 91 de 1989 comprende muchos mandatos; entre ellos se destacan para el caso: ...-) Para los DOCENTES NACIONALES y los que se vinculen a partir de enero 1/90, en el párrafo 2 del núm. 1 del citado art. 15, manda que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales están los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. No puede pasar desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional”.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

Ahora bien, el régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional está señalado en las leyes 33 y 62 de 1985, el Decreto 3135 de 1968 y su Decreto reglamentario 1848 de 1969.

Recuerda el Despacho que en materia de pensiones del sector público, la Ley 33 de 1985² se aplicó a los empleados oficiales de todos los órdenes, con lo cual se permitió sumar los períodos laborados en entidades nacionales y en las territoriales para reunir el requisito de tiempo de servicios, además, unificó para hombres y mujeres la edad en 55 años. En estos dos aspectos modificó el Decreto Ley 3135 de 1968³, que hasta entonces solo regulaba los servicios prestados a las entidades nacionales.

Así, en cuanto a la liquidación de la mesada pensional, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señaló que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Y respecto de los factores salariales, el artículo 3º *eiusdem* consagró una lista enunciativa de los mismos que irían a componer el ingreso base de liquidación.

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el inciso 2 del artículo 3º de la citada Ley 33 del mismo año, adicionando tres (3) factores salariales a la lista allí consignada.

Se advierte en este punto, que la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2010,⁴ unificó su posición jurisprudencial en relación con los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de las personas a quienes en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁵ se les aplica la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de ese mismo año.

El problema jurídico que se propuso asumir la Sección Segunda en la sentencia de unificación, consistió en determinar si procedía el reajuste de la pensión de jubilación del demandante teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el último año de servicios. Para el efecto, reiteró que a las personas en régimen de transición se les debe aplicar en su integridad el régimen pensional anterior⁶, que para el caso era el previsto en la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 de esa misma anualidad. Respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, la sentencia se inclinó a favor de la tesis menos restrictiva conforme a la cual en la Ley 33 de 1985 no se indican en forma taxativa, sino que, deduce la sentencia, que los mismos están simplemente enunciados.

² Ley 33 de 1985. "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

³ Decreto 3135 de 1968. "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

⁵ Ley 100 de 1993. "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 (...)."

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Al respecto señaló la sentencia "Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda".

Las precitadas sentencias constituyen en este caso antecedentes que llevan al Despacho a concluir que, debiendo aplicarse al accionante el régimen pensional previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, la correcta liquidación de su pensión implica tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio.

Conforme con lo anterior, debe verificarse en el caso concreto el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma para la reliquidación de la prestación, a través de los medios probatorios idóneos para tal efecto.

Imprescriptibilidad de los aportes al sistema de seguridad social._Minuto (1.55.20)

A la luz del artículo 48 constitucional⁷ el derecho a la seguridad social es irrenunciables e imprescriptible, razón por la cual los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social son imprescriptibles y sobre ellos no opera la caducidad, por lo que pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento puesto que ni la administración ni los particulares pueden sustraerse a su pago ya que ello repercute en el derecho de acceder a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado quien con ocasión de una acción que pretendía la declaratoria del contrato realidad sobre la obligación del pago de aportes a seguridad social precisó:

“Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.”⁸

En posterior pronunciamiento este alto tribunal reiteró:

Ahora bien, pese a la regla general anterior, esta Corporación ha entendido que los aportes al sistema general de seguridad social en pensión se encuentran excluidos no solo de la caducidad sino también de la prescripción, por tratarse de derechos irrenunciables, ciertos e indiscutibles, así lo reiteró en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016⁹ al indicar: «[...] no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.”¹⁰

⁷ Constitución Política ARTÍCULO 48. Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante...

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil
Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

⁹ Consejo de Estados, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) SE.088, Radicación número: 13001-23-31-000-2008-00283-01(0043-13), Actor: Fidias Miguel Álvarez Marín, Demandado: Academia de Historia de Cartagena de Indias y Otro

Consideramos que los aportes de seguridad social se apartan a las disposiciones del derecho civil o del derecho tributario razón por la que no es procedente aplicar dichas normas por analogía, de hecho las disposiciones del derecho civil se centran en la **facultad dispositiva** del acreedor frente al deudor razón por la que las reglas relativas a la prescripción se extienden a favor o en contra de las personas que tiene la libre administración de sus bienes.

Los aportes al sistema de seguridad social no pertenecen al empleador o al trabajador o al administradora tal como lo señala el artículo 2º de la ley 797 de 2003 que modifica el artículo 13 de la ley 100 de 1993 cuando indica que los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la nación, ni a las entidades que los administran; los aportes al sistema de seguridad social, son aportes parafiscales, es decir no son impuestos o tasas ni son en palabras de la Corte constitucional (sentencias C-575 de 1992 y C-1179 de 2001) una contraprestación salarial, razón por la que sus recursos no pueden destinarse a fines distintos a los previstos por la ley y en ese sentido no son dineros de libre disposición, puesto que los dineros de la seguridad social garantizan la solidaridad, la protección y asistencia de las personas de la tercera edad que aseguran su mantenimiento en condiciones dignas.

En este orden, las entidades administradoras pueden hacer exigibles en cualquier tiempo los aportes con los cuales se financia la pensión, luego el pago de los aportes son obligatorios hasta el momento en que el afiliado cumpla las condiciones para acceder a la pensión de vejez y siendo un requisito para acceder al derecho pensional goza al igual que el derecho pensional de la prerrogativa de ser irrenunciable e imprescriptible, puesto que uno no puede surgir sin el otro al ser un elemento núcleo del sistema pensional

Caso concreto (Min.02.47.23) Se encuentra acreditado que mediante **Resolución No. 00208 del 22 de enero de 2004**, le fue reconocida a la accionante pensión vitalicia de jubilación por haber laborado como docente de vinculación Nacional con más de 20 años de servicios con un promedio del 75% de los salarios devengados en el año anterior a su estatus pensional (10 de agosto de 2003) considerando como factores salariales del IBL la **asignación básica y la prima de vacaciones**, efectiva a partir del 11 de agosto del año 2003.

Asimismo se demostró por el actor que tiene la condición de **DOCENTE NACIONAL**, conforme a la Resolución que reconoció la pensión obrante a folio 2, por lo que este Despacho concluye que en aplicación de las disposiciones legales citadas el demandante tiene derecho a que se le aplique el régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional.

Como anteriormente se ha señalado, debiendo aplicarse al accionante el régimen pensional previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, la correcta liquidación de su pensión implica tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio, es decir, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Por otro lado, se evidencia que mediante la Resolución 2916 del 06 de julio de 2010, se dio cumplimiento a un fallo judicial proferido por el Juzgado 26 Administrativo del Circuito de Bogotá, ajustando la pensión a la suma de \$ 1.386.608.00 a partir del 11/08/2003, teniendo en cuenta además de los reconocidos, la prima especial, prima de vacaciones y prima de navidad como factores salariales.

A través de la resolución 3153 del 2 de julio de 2015, se reliquidó la pensión de jubilación a la demandante de \$ 1.386.608.00 a \$2'238.558 con el 75% de lo devengado en el último año de servicio.

Ahora bien, en el presente asunto de acuerdo con la certificación obrante a folios 16 a 18, el año **último año de servicios** definitivo corresponde al período comprendido entre el **23 de febrero de 2013 al 24 de febrero de 2014**. Se observa que en la certificación mencionada figuran los siguientes factores devengados Sueldo, prima especial, Prima de servicios, prima de vacaciones y Prima de navidad

Así las cosas, por simple confrontación directa entre los actos administrativos demandados y las disposición normativa, se concluye que estos no se ajustan al ordenamiento jurídico puesto que no se incluyó todos los factores salariales devengados en el último año de servicios; por el contrario, la normatividad referenciada en esta sentencia y la reiterada jurisprudencia nacional confirman que el correcto proceder de la administración ha debido estar dirigido a reajustar la liquidación de la mesada pensional reconocida al demandante. Por tanto, este Despacho procederá a declarar la nulidad parcial del acto administrativo demandado y se ordenará el consiguiente restablecimiento del derecho.

Sobre la **prima de servicio**¹¹, al ser esta una prestación de causación anual, según el artículo 1 del Decreto 1545 DE 2013, cancelada a partir del 2014; se tendrá en cuenta el valor en una doceava (1/12) parte al constituir factor salarial dese el momento de su causación.

Restablecimiento del Derecho (Min.02.50.13) Ya una vez determinada la infracción de las normas alegadas por el accionante a través de los actos administrativos demandados, y a fin de determinarse el consecuente restablecimiento del derecho, procede así la orden de reliquidación de la pensión de jubilación del demandante en cuantía del 75% de lo percibido durante el último año de servicio, esto es del **23 de abril de 2013 hasta el 24 de abril de 2014**, incluyendo como factores salariales el **sueldo, prima especial y una doceava parte (1/12) de la prima de navidad, prima de vacaciones y la prima de servicio**

Es de subrayar que los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizó desde el momento en que se causaron durante la vida laboral, por lo que, en palabras del Consejo de Estado¹², resulta necesario que los valores a retener y/o deducir, es decir, aquellos sobre los que no se cotizó y que se tendrán en cuenta para reliquidar la pensión de la accionante, sean actualizados a valor presente a través del ejercicio que realice un actuario, de suerte que se tenga una cifra real de lo que le corresponde sufragar al empleador y al actor¹³, de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

¹¹ Artículo 1. Prima de servicios. Establécese la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial que presta sus servicios en las instituciones educativas de preescolar, básica y media, la cual será cancelada a partir del año 2014 en los términos que a continuación se señalan: 1. En el año 2014, la prima de servicios será equivalente a siete (7) días de la remuneración mensual del docente o directivo a 30 de junio del respectivo año. 2. A partir del año 2015, y en adelante, la prima de servicios que establece el presente Decreto será equivalente a quince (15) días de la remuneración mensual del docente o directivo docente a 30 de junio del respectivo año.

¹² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00641-01(4521-13) Actor: Gustavo Camargo Rincón Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

¹³ En tal caso podrá repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo.

Prescripción (Min.02.53.10): En el caso concreto no hay lugar a declarar la prescripción trienal de que habla el Decreto 1848 de 1969 artículo 102 el cual señala que las acciones que emanen de los derechos consagrados del Decreto 3135 de 1968 prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por cuanto, 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.

Como quiera que la demandante presentó petición el 08 de octubre de 2014 con ocasión al retiro del servicio esto es del 25 de abril de 2014 y presentó la demanda de reliquidación de la pensión de jubilación el 09 de diciembre de 2016, en el presente caso no opera la prescripción. En consecuencia, se ordenará la reliquidación y pago de la mesada pensional a **partir del 25 de abril de 2014**, y así se ordenará en el resuelve.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. Sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir**; pues esta es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir con su obligación de pago.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada 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 esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Cumplimiento de la sentencia: El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

Costas: Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹⁴, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: “La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.” (Subrayas para resaltar)

El Consejo de Estado¹⁵ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>”¹⁶

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en razón a que no se han probado en esta instancia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE (Min.02.55.15)

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción formulada, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD de las **Resoluciones No. 2254 del 24 de abril de 2015 y 3153 de 2 de julio de 2015** por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

¹⁴ Cfr La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

¹⁵ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

¹⁶ Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora GLORIA STELLA BAUTISTA RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.322.869, en cuantía del 75% de lo percibido durante el año anterior a la fecha del retiro del servicio, esto es 24 de abril de 2013 a 25 de abril de 2014, incluyendo **suelo, prima especial**, y la doceava parte (1/12) de **la prima de vacaciones, la prima de navidad y, la prima de servicio**, conforme con la parte motiva de esta sentencia.

Reajustes pensionales: Una vez determinada la cuantía de la pensión reliquidada deberá reajustarla de conformidad con la Ley para determinar el valor de las mesadas reajustadas.

Diferencias a pagar: De las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas que ahora correspondan, se deben **deducir las sumas de las mesadas pensionales ya pagadas**, y su resultado, en cada caso, constituye las diferencias a pagar por este concepto. Sobre estas diferencias, la administración **descontará el valor de los aportes que ordene la ley, y que el interesado no haya cubierto respecto de los factores que se ordenan incluir**; pues esta es una carga del servidor público que no se puede eludir y cuyos recursos son fundamentales para que la entidad responsable pueda cumplir con su obligación de pago.

CUARTO.- ORDENAR el pago de las diferencias **a partir del 25 de abril de 2014**, de acuerdo a la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO.- ORDENAR el ajuste al valor; es decir que de la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada al valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada 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 esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

SEXTO.- DECRETAR que a partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA, a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

SÉPTIMO.- CONDENAR al cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda

NOVENO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

DÉCIMO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con una copia de la sentencia +para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiera; así mismo, **EXPÍDASE** copia del fallo de conformidad con lo normado en el numeral artículo 114 del C.G.P. **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

Esta sentencia se notifica por estrados conforme se dispone en el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA con consonancia con el inciso 4 del artículo 192 del CPACA.

El despacho les otorga el uso de la palabra a los apoderados de las partes

La parte actora solicita aclaración de la sentencia (**Min. 02.58.35**), en el sentido de establecer desde cuándo se realizan los descuentos que se van a realizar a la accionante correspondientes a los aportes al sistema de seguridad social, como quiera que ya se realizaron los descuentos a al status pensional de la accionante.

El despacho corre traslado de la solicitud de aclaración a la parte demandada, (**Min-02.59.00**). **La parte accionada**, refiere que la entidad hace los descuentos respecto al último año de servicios prestados

(**Min. 03.07.45**) El despacho realiza la aclaración estableciendo que para el caso en concreto los descuentos de seguridad social serian a partir del año 2014, si los mismos ya se hicieron a la fecha del status pensional pues no puede haber un doble pago por aportes al sistema de seguridad social. **La aclaración del fallo se notifica en estrados. Sin recursos.**

ACCIONANTE: Frente al fallo interpone recurso de **APELACIÓN**, el cual sustentará dentro del término.

ACCIONADA frente al fallo interpone recurso de **APELACIÓN** el cual sustentará dentro del término legal.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada y se firma por quienes en ella intervinieron

FIRMAS,



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez



ALEXANDRA PÁEZ CARRILLO
Oficial Mayor



ANDRÉS SÁNCHEZ LANCHEROS
Apoderada parte demandante



JENNIFER LÓPEZ IGLESIAS
Apoderada parte demandada

