



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. 87 DE 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-0019700

Demandante: Martha Cecilia García Bernal

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional -FOMAG

Tema: Reliquidación pensional docente

Sala: 2

Sentencia No. 87

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 el señor Luis Jairo González Garavito, en el radicado 110013335-017-2017-00197-00 en contra del **Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG**.

Presentación de las partes intervinientes

1. **Apoderado del demandante:** BEATRIZ NATALIA CAMARGO OSORIO, con cédula de ciudadanía No. 1.019.099345. y T. P. No. 299.974 del C.S. de la 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: acopresbogota@gmail.com

2. **Apoderado del Ministerio de Educación:** JENNIFER 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 Público Dr. Álvaro Pinilla Galvis Procurados 87 judicial I

(Min.00.07.14) Se reconoce personería jurídica a las apoderadas de las partes mediante **auto de sustanciación No. 622** Se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Saneamiento (Min.00.11.35) El despacho señala que no observa irregularidades en el procedimiento efectuado hasta esta instancia o vicios que contengan alguna nulidad que deba ser declarada de oficio.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No 712** y se notifica en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Excepciones (Min.00.31.48) Dentro del término de traslado, conforme las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A, La Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fomag., no contesta la demanda por tanto no hay excepciones previas que resolver.

Esta decisión adopta mediante auto interlocutorio 713 y se notifica en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Fijación del litigio (Min. 00.32.27) Pretensiones de la demanda

1. Se declare la nulidad parcial de la **Resolución 005223 del 11 de agosto de 2008**, la cual reconoció la pensión vitalicia de jubilación.
2. Como consecuencia de lo anterior se disponga que la accionada reliquide la pensión de jubilación a partir del 14 de mayo de 2008, incluyendo la totalidad de los factores devengados, el año anterior al status pensional, elevando la cuantía a \$ 1.750.753, sin perjuicio del derecho a posteriores incrementos anuales de la ley 100/93.
3. Se ordene pagar el valor de las diferencias entre las mesadas pensionales reliquidadas y las mesadas pagadas, debidamente indexadas.
4. Que se condene a la accionada a reconocer y pagar los intereses moratorios máximos legales, causados por el pago incompleto de las mesadas desde la fecha que se adquirió el derecho a la pensión.
5. Se condene a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 y ss. del CPACA.
6. Condenar en costas a la Nación- Ministerio de Educación-Fomag.

Normas Violadas y Concepto De Violación: La demandante invocó el artículo 4 de la ley 4ª de 1996, artículo 5 Decreto 1743 de 1966, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, artículo 2 de la ley 5 de 1969, artículo 45 del Decreto 10454 de 1978, artículo 3 de la ley 33 de 1985, artículo 1 de la ley 62 de 1985, inciso 1º y 4º del artículo 81 de la ley 812 de 2003, artículo 2, 6, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política.

La demandante señaló la posición del H. Consejo de Estado en Sentencia del 04 de agosto de 2010 con pronunciamiento unificado, el cual dejó claro que se deben incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios, razón por la cual solicita se otorgue el derecho a la accionante incluyendo en la liquidación pensional la totalidad de los factores salariales devengados en el último año.

Indica que el caso existe violación de la ley 813 de 2003 por inaplicación indebida, siendo la liquidación de la pensión de jubilación con la totalidad de los factores salariales una garantía al respeto por las condiciones justas de los trabajadores.

Contestación de la demanda. La entidad accionada guardó silencio

Problema jurídico (Min.00.33.52) En esta oportunidad corresponde determinar si debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante, en su calidad de docente de vinculación **nacional**, todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su **status pensional**, esto es, del 12 de mayo de 2007 al 13 de mayo de 2008, 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.

La Juez concede el uso de la palabra a los sujetos procesales para que manifiesten si están de acuerdo con la fijación del litigio.

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio 714 y se notifica 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 versa 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 fórmula 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.42).

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.715** y se notifica en estrados a las partes conforme al artículo 202 del CPACA, sin oposición de los intervinientes. 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 toma mediante auto interlocutorio No. 716 quedando notificados en estrados.

Decreto de Pruebas (Min.01.24.00) 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 los cuales se encuentran:

- Resolución 005323 de 11 de agosto de 2008, que reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de Jubilación.(Fl. 3 a 5)
- Formato único para expedición de certificado de salarios año 2007 a 2008 (Fl. 06)
- Formato único para expedición de certificado de historia laboral (Fl.07)
- Cédula de Ciudadanía de la accionante (Fl. 08)

A favor de la Parte demandada: No se decretan pruebas como quiera que no contestó la demanda

Esta decisión se adopta mediante auto interlocutorio **No. 717** se notifica a las partes en estrados. SIN RECURSOS

Alegatos conclusivos (minuto.) 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 5 minutos.

La presente decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.718** 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

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.

Parte demandante (Min.01.28.26): Se ratifica en los hechos y pretensiones de la demanda, expone sus alegatos en la forma consignada en el audio.

Parte demandada (Min.02.35.44): 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.

SENTENCIA No. 87 (minuto 1.39.47)

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación, escuchados los alegatos de las partes, no evidenciando nulidad que vice lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral Expediente No. **2017-00197** propuesto por la señora **MARTHA CECILIA GARCÍA BERNAL** contra la Nación-Ministerio de Educación-Fomag.

Tesis del demandante. La demandante señaló la posición del H. Consejo de Estado en Sentencia del 04 de agosto de 2010 con pronunciamiento unificado, el cual dejó claro que se deben incluir todos los factores salariales devengados por el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios, razón por la cual solicita se otorgue el derecho a la accionante incluyendo en la liquidación pensional la totalidad de los factores salariales devengados en el último año.

Indica que el caso existe violación de la ley 813 de 20013 por inaplicación indebida, siendo la liquidación de la pensión de jubilación con la totalidad de los factores salariales una garantía al respeto por las condiciones justas de los trabajadores.

Tesis de la demandada. (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 Corresponde determinar si debe incluirse en el ingreso base de liquidación de la demandante, en su calidad de docente de vinculación nacional, todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su status pensional, esto es, del 12 de mayo de 2007 al 13 de mayo de 2008, 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 párrafo transitorio 1.º del Acto Legislativo 001 de 2005:

«[...] Párrafo 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 las cosas, toda vez que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, antes del 26 de junio de 2003, pues su vinculación se efectuó el 1.º de marzo de 1975 (folio 7), se colige que ser rige por la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional.

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

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).

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”.

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 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

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”.

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.

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 status pensional.

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

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.

operario, no regresividad y progresividad.”¹⁰

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.01.47.50) Se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 5323 del 11 de agosto de 2008, le fue reconocida a la accionante pensión vitalicia de jubilación por haber laborado como docente de vinculación Nacional por más 20 años de servicios, con un promedio del 75% de los salarios devengados en el año de servicios anterior a la fecha de estatus de pensional (13 de mayo de 2008) considerando como factores para la liquidación pensional la asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones.

Se vinculó desde 01 de marzo de 1975, según el certificado de historia laboral obrante a folio 7, por lo que este Despacho concluye que en aplicación de las disposiciones legales citadas el demandante tiene derecho a que se le aplique la ley 33 de 1985, lo que implica tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el año anterior al cumplimiento del **status pensional**, 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.

Ahora bien, en el presente asunto de acuerdo con la certificación obrante a folio 06, el **último año anterior al estatus pensional** corresponde al período comprendido entre el **12 de mayo de 2007 al 13 de mayo de 2008** figurando como factores devengados por el actor los siguientes:

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

Asignación básica (reconocida), Prima de alimentación (reconocida), **Prima especial**, Prima de vacaciones (reconocida) y **Prima de navidad**

Así las cosas, por simple confrontación directa entre la Resolución 5323 de 11 de agosto de 2008 y la normatividad aplicable, se concluye que estos no se ajustan al ordenamiento jurídico; 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.

Respecto a la **prima de navidad**¹¹, conforme el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, este tiene correspondencia anual, se liquidará y pagará con base en el último salario devengado al 30 de noviembre de cada año; razón por la cual su cómputo para la liquidación de la mesada pensional será de una doceava (1/12) parte.

Sobre la **prima especial**¹², al ser esta una prestación de causación mensual, según el inciso final del artículo 7 del Decreto 1244 de 1977.

Restablecimiento del Derecho (Min.1.51.09) una vez determinada la infracción de las normas alegadas por la 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 previo adquirir su status pensional, esto es del **12 de mayo de 2007 hasta el 13 de mayo de 2008**, incluyendo como factores salariales, además de las ya incluidas (asignación básica, la prima de alimentación y la doceava parte de la prima de vacaciones), se deberá tener en cuenta la **prima especial y una doceava parte (1/12) de la prima de navidad**.

Por consiguiente, es indispensable señalar que, se deberán realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena en esta sentencia y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal; lo anterior, dado que la omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento pensional¹³.

Es de subrayar que los aportes sobre la totalidad de los factores que legalmente constituyen factor salarial para efectos pensionales, no se realizaron durante la vida laboral de la actora

¹¹ ARTICULO 32. DE LA PRIMA DE NAVIDAD. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad. Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecida otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre, cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de Navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable. ARTICULO 33. DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR LA PRIMA DE NAVIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prima de Navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario: a. La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo; b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978; c. Los gastos de representación; d. La prima técnica; e. Los auxilios de alimentación y de transporte; f. La prima de servicios y la de vacaciones; g. La bonificación por servicios prestados.

¹² La prima Especial de Población será la suma fija de ciento cincuenta pesos (\$ 150.00) m/cte., mensuales y se cancelará durante los doce meses del año, al igual que la Prima de Alimentación y Alojamiento.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).-Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).Actor: Luis Mario Velandía Demandado: Caja Nacional de Previsión Social. Autoridades Nación.

desde el momento de su causación, por lo que, en palabras del Consejo de Estado¹⁴, 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 actor¹⁵, de lo contrario se trataría de sumas depreciadas, que en vez de coadyuvar a la sostenibilidad fiscal en materia pensional, ahondarían la problemática.

Por lo anterior, en lo que concierne a la deuda a cargo de la parte actora, la entidad demandada procederá a realizar los descuentos sobre la cuantía del retroactivo producto del reconocimiento del mayor valor derivado de la reliquidación pensional con la inclusión de los nuevos factores, y si con ello no se satisficiera la totalidad de la deuda que a la demandante le corresponde, se efectuarán una serie de descuentos mensuales, iguales, hasta completar el capital adeudado. Estos descuentos deberán ser acordes con las circunstancias y condiciones económicas de la demandante, dada la suma de su pensión; esto a efectos de no causar traumatismo a su ingreso monetario, y en consecuencia, a su manutención y la de quienes de él dependen económicamente.

Prescripción minuto 2.02.12: En el caso concreto 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 al demandante se le reconoció la pensión el 11 de agosto de 2008 efectiva a partir del 14 de mayo de 2008 y presentó la demanda de reliquidación de la pensión de jubilación el 21 de junio de 2017 (fl.25), en el presente caso operó el fenómeno prescriptivo para las mesadas anteriores al 21 de junio del año 2014.

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:

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

¹⁴ 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.

¹⁵ En tal caso podrá repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo.

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 Proceso¹⁶, 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 Estado¹⁷ 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”

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

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">>¹⁸

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.

III. DECISIÓN

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

PRIMERO.- DECLARAR probada la prescripción de mesadas pensionales anteriores al 21 de junio de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 005323 del 11 de agosto de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.-Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG a reliquidar la pensión de jubilación de la señora MARTHA CECILIA GARCÍA BERNAL, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.613.948, en cuantía del 75% de lo percibido durante el año anterior a la fecha de adquisición de su status pensional, esto es, **12 de mayo de 2007 a 13 de mayo de 2008**, incluyendo como factores salariales además de los ya reconocidos (asignación básica, prima de alimentación y la doceava parte (1/12) de la prima de vacaciones) los siguientes: **la prima especial y una doceava parte (1/12) de la prima de navidad.**

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 prescritas**, 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 al sistema de seguridad social 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

¹⁸ 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.

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.

CUARTO.- 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.

QUINTO.- El cumplimiento de la sentencia será 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*

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

OCTAVO.- 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 el artículo 114 del C.G.P. y, **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

La anterior Esta decisión se notifica en 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 le otorga el uso de la palabra a los apoderados de las partes

Parte actora: SIN RECURSOS

Parte accionada: interpone recurso de **APELACIÓN**, el cual se sustentará en los términos de Ley.

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


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

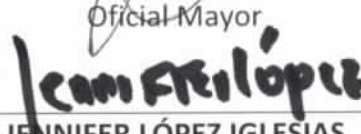
Juez


ALEXANDRA PÁEZ CARRILLO

Oficial Mayor


BEATRIZ NATALIA CAMARGO OSORIO

Apoderada parte demandante


JENNIFER LÓPEZ IGLESIAS

Apoderada parte demandada

Copyright