

REPÚBLICA DE COLOMBIA**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI**

Santiago de Cali, diecisiete (17) de mayo del año dos mil diecinueve (2.019)

SENTENCIA No. 96

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 76001-33-33-001-2018-00124-00
DEMANDANTE: LUIS HELMER CAICEDO RIASCOS
DEMANDADO: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG.

I. ANTECEDENTES

El señor **LUIS HELMER CAICEDO RIASCOS** por medio de apoderado judicial en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instauró demanda contra la **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con el propósito de que se realicen las siguientes:

1. PRETENSIONES.

1.1. Se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución N° 41.43.0.21.1697 de 26 de febrero de 2016, expedida por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual se reconoce y ordena el pago del reajuste de la pensión de jubilación al accionante.

1.2. Se declare que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el reajuste de su pensión de jubilación a través del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, tomando como base el promedio del salario devengado durante el último año de prestación de servicios con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 33 de 1985.

1.3. Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 192 y numerales 1,2 y 3 del artículo 195 de la ley 1437 del 2011.

1.4. Condenar en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2.011.

2. HECHOS.

2.1. El demandante laboró por más de 20 años al servicio docente y al cumplir con los requisitos de ley, le fue reconocida pensión de jubilación a través de la Resolución N° 41.43.0.21.4470 de 3 de julio de 2015 proferida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Posteriormente, la prestación pensional fue objeto de reajuste a través de la Resolución N° 41.43.0.21.1697 de 26 de febrero de 2016.

2.2. En la base de liquidación pensional determinada en el acto administrativo de reajuste pensional se incluyó la asignación básica promedio, la asignación adicional coordinador del 20%, la prima vacacional y horas extras.

2.3. En el año anterior a la adquisición del estatus jurídico de pensionado el accionante además de los emolumentos referenciados en el numeral anterior devengó los factores de prima de navidad, bonificación mensual, prima de servicios docentes y prima de antigüedad.

2.4. En este contexto, se sostiene que resulta procedente solicitar la reliquidación de la prestación con la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados por el accionante en el año anterior a la consolidación de su derecho pensional.

3. CONCEPTO DE VULNERACIÓN.

Con la demanda se advierte que con la expedición del acto administrativo acusado se han vulnerado las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 50.
- Ley 33 de 1985 y Ley 62.

La parte accionante afirma que la decisión proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra afectada por los vicios de falsa motivación e infracción de la norma en que debería fundarse toda vez que desconoce los parámetros de liquidación pensionales determinados por las leyes 33 y 62 de 1985.

Se advierte que la jurisprudencia del Consejo de Estado es clara al establecer que las pensiones de jubilación causadas bajo los postulados de la ley 33 de 1985 deben liquidarse con la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios y adicionalmente que los factores enunciados por el Decreto 1045 de 1978 no pueden tenerse en cuenta como los únicos emolumentos a incluir dentro del cálculo prestacional ya que se establecen de forma enunciativa.

En este contexto, se sostiene que la no inclusión de la totalidad de factores salariales devengados por la accionante en la base de liquidación de la pensión de jubilación constituye una afectación del principio de legalidad toda vez que

desconoce la interpretación dada a la normatividad aplicable a la materia contenida por parte del precedente del Consejo de Estado.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada **NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** contestó la demanda dentro del término de ley oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Para esto, advierte que la prestación pensional de la accionante se reconoció con base en la normatividad aplicable al caso concreto la cual solo permite incluir dentro de la base de liquidación los factores salariales que sirvieron como aporte de cotización durante la vida laboral del beneficiario.

En este contexto y teniendo en cuenta que los factores salariales que pretende incluir el accionante como base de liquidación no fueron objeto de cotización, resulta improcedente acceder a las pretensiones formuladas.

5. TRÁMITE DEL PROCESO.

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así, una vez admitida la demanda mediante Auto Interlocutorio N° 417 de 6 de junio de 2.018¹ y llevadas a cabo las notificaciones de dicha providencia a los sujetos procesales en debida forma, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno, se decretaron las pruebas y se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión.

- La parte accionante intervino en esta etapa del proceso advirtiendo que se ratifica en los hechos y en las pretensiones de la demanda.

Adicionalmente, se afirma que el accionante se encuentra excluido del régimen de transición de la ley 100 de 1993, toda vez que su derecho pensional se consolidó en razón de su vinculación como docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En consecuencia, resulta improcedente dar aplicación a las subreglas determinadas en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado toda vez que el accionante se encuentra excluido de sus efectos al pertenecer a un régimen pensional de carácter especial.

- La entidad accionada alegó de conclusión indicando que en el presente caso de acuerdo las reglas de interpretación fijadas por el Consejo de Estado para liquidar las prestaciones pensionales bajo los postulados de la ley 33 de 1985 los factores salariales a incluir corresponden únicamente a los componentes que sirvieron como base de cotización, motivo por el cual se deben negar las pretensiones de la demanda.

¹ Folio 22 del cuaderno principal

No observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LA ACCIÓN.

1.1. Capacidad jurídica de las partes.

El demandante compareció por conducto de apoderado judicial mediante poder debidamente conferido tal como lo prevé al artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, de donde se deduce su capacidad procesal para ser parte en la presente controversia.

En igual forma, la entidad accionada compareció al proceso por conducto de apoderado debidamente constituido.

1.2. Caducidad de la Acción.

En el presente asunto, el acto administrativo demandado es la resolución mediante la cual se reconoce una pensión de jubilación sin inclusión de todos los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicios, en este orden de ideas tratándose de una prestación periódica no hay lugar a contar el término de caducidad conforme lo prevé el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA.

1.3. Requisito de procedibilidad.

Frente al agotamiento del requisito de la conciliación extrajudicial antes de presentar la demanda y que está previsto en el numeral 1 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, se advierte que al discutirse el reconocimiento de un derecho cierto e indiscutible, no era requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda.

Frente a la necesidad de agotamiento de la actuación administrativa prevista en el numeral 2 del artículo 161 ibidem, se observa que en el contenido del acto administrativo acusado se indicó como recurso único recurso procedente en contra de la decisión el de reposición.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 76 del CPACA el recurso de reposición no tiene el carácter de obligatorio, motivo por el cual la parte accionante se encontraba facultada para acudir de forma directa a la jurisdicción.

2. PRESUPUESTOS DE LA DEMANDA.

2.1. Competencia.

Por la naturaleza del proceso y al tratarse de una demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral, es competente esta Juzgadora para decidir el asunto en primera instancia conforme lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 155 del CPACA.

2.2. Demanda en forma.

La demanda se presentó conforme con los requisitos contenidos en los artículos 162 y 163 del CPACA.

3. PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en establecer si el demandante, en su calidad de docente, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el año anterior a la consolidación de su derecho pensional.

Para resolver el problema jurídico antes planteado, el Juzgado procederá al estudio del asunto en el siguiente orden:

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

4.1. Régimen jurídico aplicable para el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes oficiales.

El artículo 279 de Ley 100 de 1993 excluyó del Sistema Integral de Seguridad Social, entre otros, a los docentes afiliados al FOMAG creado por la Ley 91 de 1989.

En efecto, el artículo referenciado expresó:

(...) ARTICULO. 279.-Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...) Negrillas fuera de texto original.

Dicha excepción fue reafirmada por el Acto Legislativo No. 01 de 2005, modificadorio del artículo 48 de la Constitución Política, que al efecto dispuso expresamente en el párrafo transitorio 1º lo siguiente:

(...) 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. (...)

Al tenor de la norma constitucional, para determinar cuál es el régimen aplicable a este sector (docentes), resulta menester remitirnos al artículo 81 de la Ley 812 de 2.003 la cual reguló dos eventos:

- a) El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha Ley (junio 26 de 2003) al servicio público educativo oficial, será el establecido en las Leyes 91 de 1.989 norma que ante la falta de regulación normativa remite al régimen general consagrado en la Ley 33 de 1985, con las modificaciones que le introdujo la ley 62 de 1.985.
- b) Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida Ley (junio 26 de 2003), quienes deben ser afiliados al FOMAG, su régimen prestacional es el señalado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

4.2. De los factores salariales que constituyen el ingreso base de liquidación para calcular el monto de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

La Ley 33 de 1.985 que contenía el régimen general de pensiones de los empleados oficiales del orden nacional y territorial, consagraba el derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación en un valor equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, para el empleado oficial que hubiese servido 20 años continuos o discontinuos y contara con 55 años de edad, sin distinción de que fuera hombre o mujer.

Respecto de los factores salariales que debían constituir el ingreso base para liquidar el monto de la pensión de jubilación, el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, señaló:

"Artículo 1: Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.**

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes" (Negrillas fuera de texto).

La Sección Segunda del Consejo de Estado, al analizar la disposición previamente referenciada, en sentencia de unificación jurisprudencial del 4 de agosto de 2.010, interpretó que, la Ley 62 de 1985 no abarca en modo taxativo los factores salariales que han de conformar la base de liquidación pensional, pudiendo incluirse entonces, distintos conceptos devengados por el trabajador durante el último año de servicios en aras de materializar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y de favorabilidad en materia laboral.

A partir de dicho criterio jurisprudencial, se desarrolló una línea de decisión que consagró que en la base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, debían incluirse todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, sin importar si estaban o no contemplados en las Leyes 33 y 62 de 1985, y sin reparar si sobre los mismos se habían efectuado aportes al Sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, en sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 24 de abril de 2019 proferida dentro del radicado N° 68001233300020150056901, se modificó la línea de decisión efectuando una nueva lectura e interpretación de las normas específicas del régimen pensional docente y de los factores salariales que se deben incluir en el IBL conforme a lo estipulado por las leyes 33 y 62 de 1985, concluyendo que solamente pueden computarse aquellos sobre los cuales se hayan realizado aportes al Sistema de Seguridad Social.

En la decisión de Unificación se realizaron las siguientes precisiones:

(...) De acuerdo con el auto de 31 de octubre de 2018 en el presente asunto se dan los supuestos y los requisitos de orden legal y reglamentario para proferir una sentencia de unificación por la Sección Segunda del Consejo de Estado. Lo anterior, en razón a la necesidad de sentar jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (...)

(...)62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: "El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

Edad: 55 años

Tiempo de servicios: 20 años

Tasa de remplazo: 75%

Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del **último año de servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

B. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

69. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben

incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones. (Negrilla dentro del texto original).

Así las cosas, adoptando el precedente de unificación fijado por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se advierte que solamente es factible incluir en la base pensional de los docentes, aquellos factores enlistados en las Leyes 33 y 62 de 1985 y sobre los cuales se hayan efectuado aportes al Sistema de Seguridad Social.

Ahora bien, frente a los parámetros que sirven para determinar los aportes pensionales bajo los postulados de la ley 33 de 1985, en la mencionada Sentencia de unificación se estableció lo siguiente:

(...) De acuerdo con la ponencia, el régimen de cotizaciones o de aportes "refleja un acuerdo total entre el Gobierno y el gremio de los educadores, quienes manifiestan que esa tabla de ingresos garantizará el funcionamiento equilibrado del Fondo. Por la vía de la comparación se examinó el régimen de aportes y cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión Social y al Fondo de Previsión Social del Congreso".

De conformidad con la norma transcrita y sus antecedentes históricos, el aporte de la Nación como empleadora y el de los docentes como trabajadores, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, se fijó de la siguiente manera:

- ✓ Para el personal afiliado al Fondo: el 5% del sueldo básico mensual.
- ✓ Para la Nación: el 8% mensual liquidado sobre **los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.**

Los factores salariales que conforman la base de liquidación del aporte del 8% de la Nación, son, en criterio de la Sala, como ya se indicó, únicamente los señalados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

(...) Negrilla dentro del texto original, subrayado por el Despacho.

De acuerdo a lo anterior, se tiene que de acuerdo al inciso final del artículo 3 de la ley 33 de 1985, los aportes pensionales realizados bajo dicho régimen se calculan conforme a los factores que forman parte de la retribución salarial.

Por todas estas razones, se infiere que los factores salariales que se deben incluir para calcular la mesada pensional de los docentes, son solo los enunciados en dicha norma, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

5. CASO CONCRETO.

La parte actora en su condición de docente, pretende la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación de su derecho pensional de conformidad con la Ley 33 de 1.985, la Ley 62 de 1.985 y artículo 30 de la Ley 100 de 1.993.

De acuerdo con la Resolución N° 4143.0.21.1697 de 26 de febrero de 2016 (fls. 4 al 6) que dispuso el reajuste de la pensión de jubilación, el señor LUIS HELMER CAICEDO RIASCOS, se vinculó con el FOMAG por un periodo superior a 20 años, es decir, antes del 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Por lo tanto, el régimen jurídico aplicable es las Ley 91 de 1989, norma que por interpretación jurisprudencial, remite al régimen general consagrado en las Leyes 33 y 62 de 1985.

El acto administrativo acusado muestra igualmente que el demandante consolidó su derecho pensional el 4 de enero de 2015, y los factores que le fueron tenidos en cuenta para liquidar la pensión correspondieron incluyó la asignación básica promedio, la asignación adicional coordinador del 20%, la prima vacacional y horas extras (fl. 5).

Teniendo en cuenta lo registrado en el “*Formato único para la expedición de certificado de salarios*” (fl.8) expedido por el FOMAG se establece que además de la asignación básica al momento de su retiro del servicio el accionante también percibió los factores denominados (i) asignación adicional coordinador del 20%, (ii) la prima vacacional, (iii) horas extras, (iv) prima de navidad, (v) bonificación mensual, (vi) prima de antigüedad y (vii) prima de servicios docentes.

A juicio del Despacho, de acuerdo a la interpretación efectuada en la sentencia de unificación de 24 de abril de 2019, respecto del artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62², resulta procedente ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación mediante la inclusión del factor salarial de “*prima de antigüedad*” teniendo en cuenta que se encuentra determinado en la norma en comento, fue percibido por la parte accionante en el año anterior a la consolidación de su derecho y por ende objeto de aporte pensional al FOMAG bajo los parámetros de la ley 91 de 1989.

En contraposición, no es jurídicamente viable ordenar la inclusión de los factores de (i) prima de navidad, (ii) bonificación mensual y (iii) prima de servicios docentes dado que no se encuentran previstos como elementos de liquidación pensional en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

En acopio de lo anterior, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad parcial de la resolución N° 4143.0.21.1697 de 26 de febrero de 2016 por medio de la cual se realizó el reajuste de la pensión de jubilación del accionante y a título de restablecimiento del derecho se ordenará la inclusión en la base de liquidación del factor denominado “*prima de antigüedad*”.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el Despacho debe aplicar de forma inmediata el contenido de las decisiones del Consejo de Estado a los asuntos que se encuentren en discusión en sede judicial, por tener carácter vinculante y obligatorio como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo a lo consignado en el numeral 1° del artículo 237 Superior.

Finalmente, es necesario precisar que aunque en la resolución N° 4143.0.21.1697 de 26 de febrero de 2016 se incluyó como factores de liquidación la asignación adicional coordinador del 20% y la prima vacacional, los cuales no se encuentran

² (...) ARTÍCULO 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.(...)

determinados en la ley 62 de 1985, mediante la presente decisión resulta improcedente afectar la inclusión de éstos en la base de liquidación toda vez que dicha situación no hace parte de las pretensiones de la demanda y por ende del objeto del litigio.

6. PRESCRIPCIÓN.

Con la contestación de la demanda el FOMAG formuló la excepción de prescripción.

Se entiende que la pensión de jubilación, como es bien sabido es una prestación imprescriptible por tal razón su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo, no obstante, no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales que no se hallan amparadas por esta excepción y por el contrario se subsumen dentro del régimen prescriptivo establecido para los derechos laborales; el Consejo de Estado en jurisprudencia decantada ha sostenido que la prescripción opera trienalmente respecto de las mesadas pensionales, lapso que se cuenta en forma retrospectiva desde el día en que el beneficiario del derecho formula a la administración la correspondiente reclamación.

El artículo 102³ del decreto 1848 de 1969 establece que quien pretenda el reconocimiento de un derecho laboral debe reclamarlo dentro de los tres años siguientes a la fecha en la que lo adquirió, so pena de operar el fenómeno de la prescripción.

En el caso objeto de estudio, la demandante elevó solicitud de reliquidación de pensión el 8 de enero de 2016 (fl. 4), la cual fue resuelta mediante el acto administrativo acusado, por su parte, la presentación de la demanda ocurrió el 22 de mayo de 2018 (fl. 21).

En este orden, dado que la petición de reliquidación se formuló el 8 de enero de 2016 cuando aún no habían transcurrido más tres años desde la expedición del acto de reconocimiento (3 de julio de 2015 fl. 4) no resulta procedente declarar la prescripción de las mesadas pensionales.

7. ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA.

La liquidación de las diferencias reconocidas deberá ajustarse en su valor dando aplicación a lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del CPACA; en consecuencia:

El valor presente debe determinarse, multiplicando el reajuste dejado de pagar a la demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta

³ Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

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

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

sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula pertinente se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

8. COSTAS.

En cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER⁴ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar no probadas las excepciones de “*prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de obligación con fundamento en la ley*” formuladas por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. Declarar la nulidad parcial de la resolución N° 4143.0.21.1697 de 26 de febrero de 2016 proferida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG.

TERCERO: Ordenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG reliquidar a partir del 5 de enero de 2015 la pensión de jubilación devengada por el señor LUIS HELMER CAICEDO RIASCOS mediante la inclusión del factor salarial de “*prima de antigüedad*” devengado durante el año anterior a la consolidación del derecho pensional.

CUARTO: Condenar Al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG pagarle al demandante, la diferencia entre los

⁴ Dijo la citada sentencia: “Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a *sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad*; ii) se *aduzcan calidades inexistentes*; iii) se *utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos*; iv) se *obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas*; se *entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso*; o v) se *hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)*”

valores que le reconoció y los que le debe reconocer por concepto de mesadas pensionales, según la declaración anterior.

QUINTO: Condenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG a actualizar el valor de los dineros adeudados en términos del artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh * \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

SEXO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

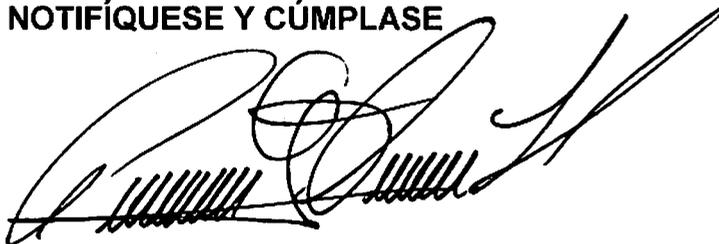
SÉPTIMO: Ordenar a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 concordante con el artículo 195 ibídem.

OCTAVO: Negar la condena en costas conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

NOVENO: Comunicar a la entidad demandada la presente providencia, adjuntando copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el artículo 203 del CPACA.

DÉCIMO: LIQUIDAR los gastos del proceso, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI una vez ejecutoriada la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Juez