

REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
CALI

Santiago de Cali, veintiséis (26) de julio del año dos mil diecinueve (2.019)

SENTENCIA N° 146.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 76001-33-33-001-2018-00249-00
DEMANDANTE: MARLENY LOZADA GONZÁLES
DEMANDADO: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG.

I. ANTECEDENTES

La señora **MARLENY LOZADA GONZÁLES** 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 acceda a las siguientes:

1. PRETENSIONES.

1.1. Se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución N° 416 de 25 de febrero de 2004, expedida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una Se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución N° 416 de 25 de febrero de 2004, expedida por el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a la accionante.

1.2. Se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la resolución N° 4143.0.21.6477 de 1 de septiembre de 2016, expedida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual reajusta la pensión de jubilación de la accionante a la fecha de su retiro definitivo del servicio docente.

1.3. Se declare que la 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 año anterior a la adquisición del estatus pensional con la totalidad de los factores salariales de conformidad con la ley 33 de 1985.

1.4. Se declare que la 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.

1.5. 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.

1.6. 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. La 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° 0416 de 25 de febrero de 2004 proferida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante al año anterior a la consolidación del estatus pensional (22 de agosto de 2002 – 22 de agosto de 2003).

2.2. La actora fue retirada del servicio docente mediante resolución proferida el 1 de noviembre de 2013 por la Secretaria de Educación del Municipio de Santiago de Cali a partir del 3 de marzo de 2014.

2.3. La prestación pensional de la accionante fue reliquidada a la fecha de retiro del servicio mediante resolución N° 6447 de 1 de septiembre de 2016, sin tener en cuenta la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior a su desvinculación del servicio docente.

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 la accionante en el año anterior a la consolidación de su derecho pensional (a partir del 23 de agosto de 2003).

Adicionalmente, se pretende que la prestación se reliquide con la totalidad de factores salariales devengados en al año anterior a su retiro definitivo del servicio docente (a partir del 3 de marzo de 2014).

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** no presentó contestación a la demanda dentro del término de ley (cfr. constancia secretarial fl. 145).

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° 799 de 5 de octubre 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 del proceso 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.

¹ Folio 98 del cuaderno principal.

Sostiene que en el caso concreto de la accionante no se puede aplicar la Sentencia de Unificación proferida por la sección segunda del Consejo de Estado el 24 de abril de 2019, dado que al momento de la presentación de la demanda las reglas jurisprudenciales consagradas para definir la situación jurídica de los docentes beneficiarios de una pensión de jubilación eran distintas y contemplaban la posibilidad de incluir la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional y su posterior reliquidación bajo los mismos parámetros a la fecha de retiro del servicio.

- 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.

- El Ministerio Público presentó concepto desfavorable a las pretensiones de la demanda indicando que de acuerdo a los conceptos proferidos por la Procuraduría General de la Nación y el precedente de unificación del Consejo de Estado, resulta improcedente reliquidar la pensión de la accionante con la totalidad de factores salariales devengados en los años anteriores a la adquisición del estatus y al momento de su retiro definitivo del servicio.

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.

La 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, los actos administrativos demandados corresponden a 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 y el acto que reliquida dicha prestación al momento del retiro del servicio, 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 reclamarse en sede judicial 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 ibídem, se observa que en el contenido de los actos administrativos acusados se indicó como recurso único recurso procedente en contra de las decisiones 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 la demandante, en su calidad de docente, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación **(i)** incluyendo la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional y adicionalmente **(ii)** con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año anterior a la fecha de retiro del servicio.

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, modificatorio 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 1º 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 1º 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 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º 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:

I Edad: 55 años

I Tiempo de servicios: 20 años

I Tasa de remplazo: 75%

I 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 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° 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, modificada 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.

Adicionalmente, se solicita la reliquidación de la prestación con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año anterior a la fecha de retiro del servicio.

De acuerdo a lo estipulado en la resolución N° 416 de 25 de febrero de 2004 proferida por la Secretaría de Educación del Departamento del Valle del Cauca en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 3 y 4) la señora MARLENY GONZALES DE LOZADA adquirió su estatus pensional el 22 de agosto de 2003, luego de prestar sus servicios como docente nacionalizada por más de 20 años en la Institución Educativa Comercial de Cali, es decir, antes del 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

De acuerdo en la información referenciada en el acto administrativo, como factores salariales computados para la liquidación de la prestación se tuvieron en cuenta **(i)** la asignación básica, **(ii)** la prima de navidad, **(iii)** la prima de población y **(iv)** la prima de vacaciones.

Posteriormente, por medio de la Resolución N° 4143.0.21.6477 de 1 de septiembre de 2016 (fls. 7 al 9) se dispuso el reajuste de la pensión de jubilación, a partir del 3 de marzo de 2014 fecha definitiva del retiro del servicio de la accionante.

El acto administrativo acusado muestra igualmente que los factores que le fueron tenidos en cuenta para reliquidar la pensión correspondieron a **(i)** la asignación básica promedio, **(ii)** prima de vacaciones, **(iii)** prima de navidad y **(iv)** horas extras (fl. 7).

En el contexto descrito, se tiene que el régimen jurídico aplicable a la parte actora se encuentra en el Decreto 2277 de 1979 y en la ley 91 de 1989, norma que por interpretación jurisprudencial, remite al régimen general en pensiones consagrado en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Teniendo en cuenta lo registrado en el "*Formato único para la expedición de certificado de salarios*" (fl.11) 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)** prima de navidad, **(ii)** prima de antigüedad, **(iv)** prima de servicios docente municipal 1995 y **(vii)** prima de vacaciones 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*" devengado por la parte actora durante su último año de prestación de servicios teniendo en cuenta que se encuentra determinado en la norma en comento 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)** prima de vacaciones docentes y **(iii)** prima de servicios docentes municipal 1995 devengados durante el último año de prestación de servicios dado que no se encuentran previstos como elementos de liquidación pensional en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

De igual forma, resulta improcedente ordenar la reliquidación de la pensión de la parte actora al momento de la adquisición del estatus pensional (22 de agosto de 2003), toda vez que los factores tenidos en cuenta para el cálculo efectuado en la resolución N° 416 de 25 de febrero de 2004 distintos a la asignación básica correspondientes a **(i)** la prima de navidad, **(ii)** la prima de población y **(iv)** la prima de vacaciones no se encuentran enlistados por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Aunado a lo anterior, en el plenario no obra prueba que acredite que en el año inmediatamente anterior a la adquisición de estatus pensional la parte actora devengó un factor salarial contemplado por 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° 4143.0.21.6477 de 1 de septiembre 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 contrario a lo expuesto por la parte accionante en sus alegatos de conclusión, 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° 4143.0.21.6477 de 1 de septiembre de 2016 se incluyó como factores de liquidación a la prima de

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.(...)

navidad y a la prima de vacaciones, los cuales no se encuentran 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.

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 1 de junio de 2016 (fl. 7), la cual fue resuelta mediante el acto administrativo acusado contenido en la resolución N° 4143.0.21.6477 de 1 de septiembre de 2016, por su parte, la presentación de la demanda ocurrió el 26 de septiembre de 2018 (fl. 81).

En este orden, dado que la petición de reliquidación se formuló el 1 de junio de 2016 cuando aún no habían transcurrido más tres años desde el retiro definitivo del servicio de la accionante (3 de marzo de 2014 fl. 4) no resulta procedente declarar la prescripción de las mesadas pensionales causadas a partir de dicho momento.

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 sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el

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

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 la nulidad parcial de la resolución N° 4143.0.21.6477 de 1 de septiembre de 2016 proferida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG.

SEGUNDO: Ordenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG reliquidar a partir del 3 de marzo de 2014 la pensión de jubilación devengada por la señora MARLENY LOZADA DE GONZÁLES mediante la inclusión del factor salarial de “*prima de antigüedad*” devengado durante el año anterior a su retiro definitivo del servicio.

TERCERO: Condenar Al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG pagarle a la demandante, la diferencia entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer por concepto de mesadas pensionales, según la declaración anterior.

CUARTO: 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:

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)*”

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

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.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: 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.

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

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

NOVENO: 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

MAT