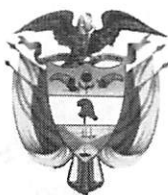


REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
CALI

SENTENCIA No. 206

Santiago de Cali, veintisiete (27) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 76001-33-33-001-2018-00253-00
DEMANDANTE: MARIA EUGENIA TORRES SAAVEDRA
DEMANDADO: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

1. ANTECEDENTES

La señora **MARIA EUGENIA TORRES SAAVEDRA**, 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 hagan las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 4143.0.21.4068 del 26 de mayo de 2010, suscrita por la Secretaria de Educación municipal de Cali (v) en cuanto le reconoció una pensión vitalicia de jubilación a la demandante y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año al momento en que se hizo efectivo el derecho pensional.

1.2. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 4143.010.21.1819 de 2 de marzo de 2017, suscrita por la Secretaria de Educación municipal de Cali (v) en cuanto realizó un reajuste de la pensión vitalicia de jubilación de la demandante y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año al momento en que se hizo efectivo el derecho pensional.

1.3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, a que le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 3 de diciembre de 2009, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionada, que son los que constituyen la base de liquidación pensional,

1.4. Que se ordene dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso, en los términos del artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A). así mismo, que se ordene al pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la

sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena y que se disponga sobre la condena en costas.

2. HECHOS.

2.1. La señora **MARIA EUGENIA TORRES SAAVEDRA** laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por parte del FOMAG a partir del 3 de diciembre de 2009, la cual fue objeto de reliquidación mediante resolución N° 1819 de 2 de marzo de 2017.

2.2. Que la base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó la asignación básica, la prima vacacional y las horas extras omitiendo tener en cuenta la prima de navidad y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

3. CONCEPTO DE VULNERACIÓN

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

- Ley 91 de 1989 Artículo 15.
- Ley 33 de 1985 Artículo 1º.
- Ley 62 de 1985.
- Decreto Nacional 1045 de 1978.

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

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

Dicha entidad solicitó a través de apoderado judicial que se denieguen las pretensiones de la demanda, y al respecto argumentó:

Aduce que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, teniendo en cuenta que el derecho se causó con posterioridad a la fecha de expedición de la ley 812 de 2003, de acuerdo con la Ley 91 de 1989, Decreto 3752 de 2003 y 1158 de 1998, se según el cual solo pueden incluirse los factores que sirvieron de base para efectuar los aportes.

De esta forma, se advierte que el Decreto 2341 de 2003 reglamentó la ley 812 de 2003 y estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, el cual consagra como factores la asignación básica mensual, gastos de representación, primas: técnica, de antigüedad, ascensional y capacitación cuando sean factor de salario, dominicales, festivos, trabajo suplementario o de horas extras en horario nocturno y la bonificación por servicios prestados y que por ello de esta relación a los docentes solo se aplica la asignación básica y las horas extras.

Refiere además que el Decreto 3752 de 2003, en el artículo 3 establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la Ley 812 de 2003, a cuyo pago este obligado el Fomag, no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza los aportes el docente.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó *“prescripción”* *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“cobro de lo no debido”*. (fls. 59 a 66).

4.2. EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI contestó la demanda afirmando que la competencia y la obligación del pago de la pensión de jubilación de los docentes corresponde al Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por ende las obligaciones derivadas de los factores tenidos en cuenta para el cálculo de ésta prestación corresponde a dicho fondo y no a la entidad territorial, la cual solo actúa dentro del procedimiento en virtud de la delegación consagrada en la ley 715 de 2001 (fls. 87 al 90).

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° 810 del 16 de octubre de 2018¹ 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, ibídem², en la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno y al no haber pruebas por practicar se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en forma oral.

¹ Folio 43 del expediente.

² Folio 129 a 132 del expediente.

- La parte accionante intervino en esta etapa del proceso advirtiéndole 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.

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.

- El FOMAG solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda y que en tal sentido, se acoja el criterio jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado mediante providencia fechada el 25 de abril de 2019, que es de obligatorio acatamiento por parte de los operadores judiciales, providencia en donde se dejó claro que el IBL debe incluir los factores taxativos previstos en la ley 62 de 1985.

- El municipio de Santiago de Cali se pronunció reiterando que en el presente caso no se encuentra legitimado en la causa para responder por la reliquidación pensional reclamada.

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

6. CONSIDERACIONES

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

6.1.1. 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. (fl. 1 del expediente).

En igual forma, el FOMAG y el municipio de Santiago de Cali comparecieron al proceso por conducto de apoderado debidamente constituido, según se desprende del memorial visible a folios 67 y 91 del plenario.

6.1.2. Caducidad de la Acción.

En el presente asunto, los actos administrativos demandados corresponden a la Resolución mediante la cual se reconoce y se ajusta una pensión de jubilación sin inclusión de todos los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicios, en este orden de ideas tratándose de una prestación

periódica no hay lugar a computar el término de caducidad conforme lo prevé el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA.

6.1.3. 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 único recurso procedente 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.

6.2. PRESUPUESTOS DE LA DEMANDA.

6.2.1. 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.

6.2.2. Demanda en forma.

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

7. PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en establecer si la demandante, en su calidad de docente, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación incluyendo la totalidad de factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional.

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

8. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

8.1. 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 parágrafo 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.

8.2. 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 04 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 día 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 hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE". 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 sólo los enunciados en dicha norma, modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

8.3. 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 las Leyes 33 y 62 de 1.985.

De acuerdo a lo estipulado en la Resolución No. 4143.010.21.1819 del 2 de marzo de 2017, proferida pro al Secretaria de Educación del municipio de Santiago de Cali, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 9 al 13) la señora MARIA EUGENIA TORRES SAAVEDRA adquirió su estatus pensional el día 3 de diciembre de 2009, luego de prestar sus servicios como docente nacionalizada por más de 20 años en la Institución Educativa “Las Américas”.

Así mismo, se evidencia que se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003³), pues de la parte

³ Tal como se desprende del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y del párrafo transitorio del Acto Legislativo 001 de 2005, el cual dispone lo siguiente: “El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el

considerativa del acto de reconocimiento (fl.4), se tiene que su afiliación al Fondo se dio a partir del 19 de noviembre de 1984.

Ahora bien, de acuerdo con la información referenciada en los actos administrativos acusados, como factores salariales computados para la liquidación de la prestación se tuvieron en cuenta (i) la asignación básica, (ii) prima vacacional y (iii) horas extras.

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. 15) expedido por el FOMAG se establece que además de los factores antes referidos, la accionante también percibió el factor denominado: (i) prima de navidad.

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 62⁴, resulta improcedente ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación mediante la inclusión del factor de **prima de navidad**, devengada por la demandante durante el último año de prestación de servicios, dado que no se encuentra prevista como elemento de liquidación pensional en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Al respecto, se reitera que la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, previamente referida, se precisó que “*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 aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985...*”

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

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”.

⁴ (...) ARTÍCULO 1º. 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.(...)

administrativo, de acuerdo a lo consignado en el numeral 1º del artículo 237 Superior.

Finalmente, es necesario precisar que aunque en la Resolución N° 4143.010.21.9059 del 14 de noviembre de 2017, se incluyó como factor de liquidación la “*prima de vacaciones*”, el cual no se encuentra determinado en la ley 62 de 1985, mediante la presente decisión resulta improcedente afectar la inclusión de estos 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.

9. 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 CUETER⁵ 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:

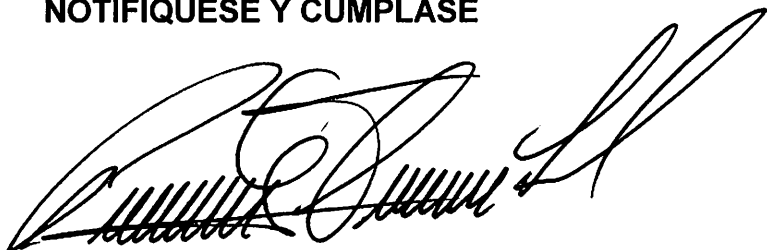
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: NEGAR la condena en costas.

TERCERO: ARCHIVAR las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI, una vez ejecutoriada esta providencia. Devolver los remanentes a que haya lugar.

⁵ 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)”

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of several loops and horizontal strokes, positioned above the printed name.

PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Juez

mat