

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI

Santiago de Cali, veintiséis (26) de noviembre del año dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA N° 255.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 76001-33-33-001-2018-00303-00
DEMANDANTE: JESÚS MARÍA VEGA MADERA
DEMANDADO: NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG

I. ANTECEDENTES

El señor **JESÚS MARÍA VEGA MADERA** por medio de apoderado judicial en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instauró demanda contra la **NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1. PRETENSIONES.

1.1. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 01616 del 16 de mayo de 2018, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento del Valle, por medio del cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status pensional.

1.2. A título de restablecimiento del derecho se ordene el reconocimiento y pago de la pensión en el equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status; y en el caso concreto extenderse el reconocimiento a las horas extras, prima de servicios, prima de navidad que no fueron tenidas en cuenta en la resolución.

1.3. Ordenar a la entidad demandada los reajustes de ley, el pago de mesadas atrasadas, el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales.

1.4. Se ordene a la entidad demandada pagar los intereses y la condena en costas.

2. HECHOS

2.1. El demandante laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y por haber cumplido todos los requisitos de ley el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

2.2. La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica, prima de vacaciones, bonificación, omitiendo tener en cuenta las horas extras, prima de servicios y de navidad, percibidos por la docente durante el último año anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

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 1
- Ley 62 de 1985
- Decreto 1045 de 1978
- Ley 71 de 1989, art. 9, en consonancia con el Decreto 1160 de 1989, art. 10

La parte accionante después de hacer un recuento de las normas aplicables a los docentes en materia de reconocimiento pensional, considera que debe decretarse la nulidad de los actos acusados, teniendo en cuenta que la entidad demandada omitió su deber de incluir todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio al momento de adquirir el status de pensionada para calcular el valor de la mesada pensional, vulnerando las disposiciones legales referidas y desconociendo de contera los lineamientos jurisprudenciales trazados por el H. Consejo de Estado.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada contestó la demanda dentro del término de ley, a través de apoderada judicial, oponiéndose a las pretensiones argumentando que los actos administrativos acusados se ajustan a derecho, dado que la prestación fue reconocida con fundamento en el ordenamiento jurídico aplicable, según el cual a los docentes se les debe liquidar su pensión con el 75% de los factores que hayan servido de base para calcular los aportes durante el último año de servicios, conforme a la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, igualmente se debe tener en cuenta el principio de solidaridad y sostenibilidad financiera, el que implica un equilibrio económico que debe mantenerse a fin de garantizar el reconocimiento del derecho de todos los afiliados que alcancen los requisitos para ello.

Formula como excepciones de mérito que las que denomina: "PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD", "EXCEPCIÓN DE INAPLICABILIDAD DE LA SANCIÓN MORA" "COBRO DE LO NO DEBIDO", "PRESCRIPCIÓN" "COMPENSACIÓN", "EXCEPCIÓN DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA", "BUENA FE" y la "GENÉRICA". (fls. 24 a 39)

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 del 7 de diciembre de 2018 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 ídem 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, haciendo uso de este término en forma oral las dos partes, de la misma manera rindió concepto la señora agente del Ministerio Público, solicitando acceder parcialmente a las pretensiones.

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

En el presente asunto, los actos administrativos demandados corresponden a la resolución mediante la cual se reconoce una pensión de jubilación, 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 ídem, se observa que en el contenido del acto administrativo acusado 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.

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, teniendo en cuenta para ello todos los factores salariales devengados durante el último año anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionado.

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 la ley 91 de 1989 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 1985 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 2010, 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 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:

- 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, modificada por el artículo 1 de la ley 62 de 1985.

5. CASO CONCRETO

El actor en su condición de docente, pretende la liquidación de su pensión de jubilación incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha en que adquirió el status jurídico de pensionado.

Está acreditado que mediante el acto demandado Resolución No. 01616 del 16 de mayo de 2018, se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación por los servicios prestados como docente por más de 20 años y por el cumplimiento de la edad; de la misma manera se acreditó que el actor se vinculó al servicio docente desde el 4 de noviembre de 1997 y adquirió el status de pensionado el 3 de noviembre de 2017. (fl. 4).

De acuerdo a lo estipulado en la citada resolución, se liquidó la pensión de jubilación, teniendo en cuenta como factores salariales los siguientes (Fl.4):

FACTORES SALARIALES	VALOR
ASIGNACION BCA. PROMEDIO	2.944.676
PRIMA VACACIONES DEC 1381/97	120.824

BONIFICACIÓN POR SERVICIOS	58.894
TOTAL SALARIO BASE	3.124.394

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 los formatos de certificado de salarios” (fls.6 y 7) expedidos por el FOMAG se establece que en el año anterior al cumplimiento del status el actor devengó los siguientes factores salariales: Asignación básica, bonificación mensual docentes, HE adultos G, 12, 13 y 14 D.2277, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones docentes y **horas extras**.

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 62¹, resulta procedente ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación adicionando la inclusión del factor salarial de las horas extras, devengados por la parte actora durante el año a la fecha en que adquirió el status de pensionado, las cuales se encuentran determinadas en la norma en comento y por ende son objeto de aporte pensional al FOMAG bajo los parámetros de la ley 91 de 1989.

En acopio de lo anterior, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad parcial del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento del derecho se ordenará la inclusión en la base de liquidación del factor denominado **horas extras** percibidas por el actor en el año anterior al cumplimiento del status de pensionado.

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 1º del artículo 237 Superior.

Finalmente, es necesario precisar que aunque en la resolución N° 01616 de 14 de mayo de 2018 se incluyó como factor de liquidación la prima de vacaciones, la que si bien no se encuentra enlistada en la ley 62 de 1985, mediante la presente decisión resulta improcedente afectar la inclusión de ésta 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. ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA

¹ (...) 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.(...)

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 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.

7. 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 de 30 de mayo de 2019² 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, 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 de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la resolución N° 01616 del 16 de mayo de 2018 proferida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL VALLE DEL CAUCA - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG.

SEGUNDO: Ordenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG relíquidar a partir del 4 de noviembre de 2017 la pensión de jubilación devengada por el señor JESÚS MARÍA VEGA MADERA,

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B” Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019):

(...) En el numeral quinto de la parte resolutive del fallo controvertido, se condenó en costas a la parte demandada. Al respecto, la Sala reitera lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas. (...)

mediante la inclusión del factor salarial de las **horas extras**, devengados durante el año anterior al cumplimiento de su status de pensionado.

TERCERO: Condenar Al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG pagarle al 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:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el 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.

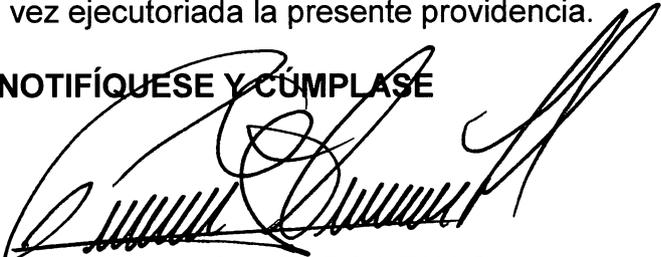
SEXTO: Ordenar a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo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

RIm