

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 130

Santiago de Cali, agosto treinta y uno (31) de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación	76-001-33 33-005-2014-00220-00
Demandante	Rodrigo Alarcón Parra
Demandado	Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Juez	Carlos Enrique Palacios Álvarez

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderada judicial, por el señor RODRIGO ALARCÓN PARRA en contra de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar la nulidad del acto administrativo presunto de carácter negativo surgido por no haberse resuelto la solicitud de incremento pensional presentada el 10 de agosto de 2007.
- 1.2. Como restablecimiento del derecho, ordenar el reconocimiento y pago del reajuste de la pensión con inclusión de nuevos factores salariales percibidos por el demandante durante el año anterior al cumplimiento del status.
- 1.3. Ordenar la actualización de los valores reconocidos de conformidad con el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. HECHOS

- 2.1. Mediante Resolución No. 414 de 14 de febrero de 2005, se reconoció y ordenó pagar pensión ordinaria de jubilación a favor del señor RODRIGO ALARCÓN PARRA.

- 2.2. El valor reconocido como cuantía de la pensión, fue el 75%, calculado sobre la asignación básica mensual, omitiendo la inclusión de todos los factores constitutivos de salario.
- 2.3. A través de escrito radicado ante la entidad demandada el 10 de agosto de 2007, se solicitó el reconocimiento y pago de incremento pensional por inclusión de nuevos factores salariales.
- 2.4. A la fecha de presentación de la demanda habían transcurrido más de 7 años sin que la entidad demandada se hubiera pronunciado frente a la petición presentada.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera violadas la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el objetivo que asuma el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas del personal afiliado; así como las Leyes 812 de 2003 y 33 de 1985.

Refiere que la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, regula el régimen prestacional de los docentes oficiales, de lo cual se deduce la necesidad de determinar el régimen pensional existente antes de la entrada en vigencia de la misma.

Afirma que en materia de reconocimiento y pago de pensiones, desde 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aplica lo determinado en la Ley 33 de 1985.

El ingreso base de liquidación se encontraba determinado por la asignación básica y demás factores salariales percibidos por el educador durante el año anterior al cumplimiento del derecho.

Aduce que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación, ordenó que las mesadas pensionales causadas por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se liquidaran teniendo en cuenta todas aquellas sumas de dinero que periódica y habitualmente percibidas por estos a la causación del derecho.

Advierte que el demandante al momento de causación del derecho, percibía, además de la asignación básica, prima vacacional, prima de navidad, prima de servicios y bonificación por servicios prestados, acreencias estas que no se incluyeron dentro de la base de liquidación de la pensión.

Señala que el demandante acredita las condiciones exigidas por la jurisprudencia y la ley para ser acreedor a que su pensión se liquide en los términos antes indicados.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda en forma extemporánea¹, por lo tanto no se tendrán en cuenta los argumentos expuestos en el libelo de contestación.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión. Por su parte, el Ministerio Público no emitió concepto.

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial, debe el despacho determinar si procede el reajuste de la pensión de jubilación del demandante, tomando en cuenta el 75% del ingreso base de liquidación constituido por todos los factores de salario, devengados por este durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado.

6.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Analizar el marco normativo de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

¹ Según constancia secretarial glosada a folio 38 del cuaderno, el término de traslado para contestar la demanda venció el 19 de marzo de 2015 y el Ministerio de Educación Nacional la contestó el 6 de abril de 2015, tal como se verifica a folio 25 ibídem.

- (ii) Identificar los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.
- (iii) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (iv) Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no al demandante el derecho reclamado.

6.2.1. MARCO NORMATIVO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS DOCENTES OFICIALES

En relación con el régimen prestacional de los docentes oficiales el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 previó lo siguiente:

“Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”.

A su vez, el párrafo transitorio 1° del artículo 48 de la Carta Política de 1991, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005, reprodujo la anterior disposición bajo el siguiente tenor literal:

“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”.

Se extracta de las dos normas que anteceden, que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), sigue siendo el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales que regían para esa fecha, esto es, Ley 91 de 1989, y régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (en materia pensional) y 115 de 1994, y demás normas concordantes. Contrario sensu, los docentes vinculados con posterioridad a esa fecha, tienen los derechos del régimen de prima media

regulado en la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, exceptuando la edad de pensión de vejez que, según el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, es de 57 años para hombres y mujeres.

Significa entonces, que respecto de los docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, en materia pensional, opera de manera parcial la excepción de que trata artículo 279 de la Ley 100 de 1993, según el cual el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en ese estatuto no se aplica, entre otros, “...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”. Lo anterior, ya que como se vio, les aplica lo correspondiente al régimen de prima media con prestación definida, propio del Sistema General de Pensiones.

En esa medida, analizando el caso concreto bajo el anterior marco normativo, se tiene que de conformidad con lo consagrado en el artículo 1 de la Ley 91 de 1989², el demandante tenía la categoría de docente nacionalizado, por haber sido nombrado mediante “Decreto No. 1244 de 07/09/1971” y posesionado el “14/09/1971”, aspecto que se verifica en el certificado de historia laboral que obra a folio 35 y 36 del cuaderno No. 2. Por consiguiente, de acuerdo con esa fecha de vinculación, le es aplicable el régimen pensional de los docentes que regía antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual, como se vio, se encuentra exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993. Tema sobre el cual el Consejo de Estado arribó a la siguiente conclusión:³

“(...) En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente”.

Siendo así, es menester remitirnos al numeral 1º del artículo 15 de la citada Ley 91 de 1989, que a la letra reza:

² “Art. 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal Nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin en el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.”

³ Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 7 de abril de 2011. Rad: 05001-23-31-000-2002-01993-01(0266-2010).

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, **mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.**

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley.” (Se resalta).

De cara a esta preceptiva el Consejo de Estado hizo el siguiente análisis:⁴

“(…) Así las cosas, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

“Para resolver el punto es necesario, entonces, hacer alusión a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las cuales se encuentra la Ley 33 de 1985.”

“Está probado en autos, que la actora en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el 8 de junio de 1976, por ende, se le aplica la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, Ley 33 de 1985.

“En conclusión, por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985 que es el régimen legal general (…)”

Queda claro entonces, que en tratándose de docentes de carácter nacionalizado, que estando en servicio con anterioridad a la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son afiliados a éste en atención a lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, su pensión de jubilación será definida conforme los presupuestos de la Ley 33 de 1985 y eventualmente la transición que ella dispone.

Por lo tanto, es imperativo referirnos a la precitada Ley 33 de 1985, en cuyo artículo 1° se consagra:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

“No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

⁴ CONSEJO DE ESTADO -SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B., C. P.: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, 12 de agosto de 2010, RAD: 760012331000200401195 01.

“En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

“Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

“Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta años (50) de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro (...).” (Se resalta).

Esta disposición contiene un régimen de transición o de excepciones para los empleados oficiales (concepto que incluye trabajadores oficiales y empleados públicos), que se encuentren en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, que por ley disfrutaban de un régimen especial de pensiones.
2. Que a la entrada en vigencia de la misma (13/02/1985), hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio. Evento en el cual se les continúa aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.
3. Que al momento de entrar a regir la Ley en comento, se encontraban retirados del servicio y habían cumplido 20 años de labor continua o discontinua. Estas personas al cumplir 50 años, si son mujeres, o 50 años si son varones, tienen derecho a pensionarse de acuerdo con las disposiciones que regían en la fecha de su retiro.

Para el caso concreto, el demandante no cumple ninguno de los anteriores presupuestos, dado que los docentes oficiales no se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley en comento, ni gozan de un régimen especial de pensiones. Tampoco, a la entrada en vigencia de la misma (febrero 13 de 1985), había cumplido 15 años de servicios, si en cuenta se tiene que empezó a laborar desde septiembre 14 de 1971, por lo que a esa fecha sólo acumulaba 13 años y 5 meses. De otra parte, por encontrarse activa en aquella fecha, no le era aplicable el otro supuesto de transición, exclusivo para aquellos empleados oficiales que se hallaban retirados del servicio.

Es por ello, que al señor ALARCÓN PARRA, le cobija el régimen pensional general determinado en la Ley 33 de 1985 y las normas que la adicionaron o modificaron; en consecuencia, resulta necesario determinar cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta a efectos de establecer el monto pensional a que tiene derecho.

6.2.2. FACTORES QUE HACEN PARTE DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS DOCENTES OFICIALES

En punto a este tema, pertinente es hacer mención de los alcances del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003⁵, el cual dispuso:

“Artículo 3o. Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente (...).”

Según esta norma, la base de liquidación de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debía ser igual a la base de cotización sobre la cual éstos realizaban los aportes respectivos. No obstante, dicha normativa fue expresamente derogada por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007⁶; empero, como la derogatoria produce efectos hacia el futuro, es obvio que la misma tuvo aplicación entre la fecha en que entró a regir el Decreto 3752 de 2003 y la de entrada en vigencia de la Ley en comento, es decir, de diciembre 23 de 2003 al 24 de julio de 2007.

En torno a la vigencia y la constitucionalidad del referido artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, el Consejo de Estado, al resolver de manera acumulada dos acciones de nulidad simple promovidas en contra de aquél, señaló⁷:

“(…) Finalmente, en los dos expedientes acumulados, se acusa al artículo 3o. del decreto 3752 de 22 de diciembre de 2003 de extralimitar lo normado en los incisos primero, segundo y cuarto del artículo 81 de la ley 812 de 2003.

“(…) En primer lugar es necesario señalar que como la derogación de que fue objeto el artículo

⁵ “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”

⁶ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.

⁷ Consejo de Estado -Sección Segunda, sentencia de 6 de abril de 2011, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, expedientes: 11001032500020040022001 (4582-2004), actor: LIBARDO SANTIAGO LASSO y 11001032500020050023400(9906-2005), actor: LUIS ALBERTO JIMENEZ POLANCO.

cuestionado 3o. del decreto 3752 de 2003⁸, sólo produce efectos hacia futuro, es válido el enjuiciamiento que de él se haga, mientras estuvo vigente.

“Los actores de los procesos acumulados consideran, en síntesis, que la normativa reglamentada no facultó al Gobierno Nacional para impartir órdenes respecto del régimen prestacional de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 y el sistema de liquidación que les corresponde.

“En este punto encuentra la Sala que como la normativa rectora de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 autoriza una desproporción entre el **ingreso base de cotización (lbc)** (el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo - artículo 8º de la ley 91 de 1989) y el **ingreso base de liquidación (lbi)** (artículo 15 de la ley 91 de 1989), no podía el artículo acusado 3o. del decreto 3752 de 2003, señalar, de forma general como lo hizo, que en las pensiones causadas con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, debe existir una correspondencia entre los dos términos referenciados (**lbc - lbi**).

“Si bien es cierto la correlación entre **cotización** y **liquidación** desarrollada en el artículo enjuiciado 3o. del decreto 3752 de 2003, no es un mandato nuevo e injustificado, porque deviene de la ley y de disposiciones de rango constitucional⁹ y porque busca corregir errores y prácticas que desencadenaron en la pérdida de sostenibilidad financiera de algunas entidades (Cajas de entidades territoriales, Caja Nacional de Previsión Social, Seguro Social), también lo es que el inciso primero del artículo 81 de la ley 812 de 2003 al establecer que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes 27 de junio de 2003 es el vigente con anterioridad a esa fecha, permitió que las pensiones que se vayan causando, en esas circunstancias y hasta que se extinga la transición, no guarden correspondencia entre el **ingreso base de cotización (lbc)** y el **ingreso base de liquidación (lbi)**. Para la Sala los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, que reúnan los requisitos exigidos para acceder a la pensión, ipso facto tendrán el status de jubilado y, por consiguiente, el derecho adquirido al reconocimiento **‘pleno’** y **‘oportuno’** de su prestación, conforme a las diferencias que les asisten (nacionales, nacionalizados o territoriales - ley 91 de 1989).

“No sobra precisar, en este punto, que la seguridad social en pensiones, al constituirse en derecho adquirido, debe ser respetada (con aplicación del principio de favorabilidad) y es exigible ante los jueces (artículos 48, 86, 228 y 229 CP).

“El artículo controvertido 3o. del decreto 3752 de 2003, en la medida que atendió mandatos superiores y propendió por darle viabilidad al sistema, no amerita que se declare nulo sino que se limite su aplicación, esto es, al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003.

“(…) En esa medida y con la limitante de interpretación efectuada, no existe vulneración de derechos adquiridos (artículos 58 de la C.P. 11 de la ley 100 de 1993, 2.a ley 4ª de 1992) ni de previsiones que, con anterioridad a la ley 812 de 2003, pueden consolidar, en los docentes, prerrogativas pensionales (artículo 15 de la ley 91 de 1989). (…)

“Como la precisión y las previsiones adoptadas en los decretos enjuiciados, tendientes a darle viabilidad al sistema del que son beneficiarios los docentes, fueron proferidas dentro de la facultad reglamentaria del Presidente de la República (artículo 189-11 de la Constitución Política), queda sin sustento el motivo principal de inconformidad planteado en los dos procesos acumulados, circunstancia que impone denegar las súplicas de la demanda, **con la aclaración de que el artículo 3º del decreto 3752 de 2003 debe entenderse, mientras estuvo vigente, referido únicamente a los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003 (…)**”. (Negritas y subrayas son del texto original).

⁸ Disposición derogada por el artículo 160 de la ley 1151 de 24 de julio de 2007, por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.

⁹ - La ley 33 de 1985, señaló: “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.”

- El artículo 21 de la ley 100 de 1993, indicó: **“INGRESO BASE DE LIQUIDACION. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”** (Resaltado y subrayas fuera del texto).

- El Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, insistió: “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”.

Se deduce de la cita jurisprudencial, que el Consejo de Estado declaró la legalidad del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 mientras estuvo vigente, bajo el entendido de que el **mismo se refiere únicamente a los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003.** Dicho de otra manera, durante su vigencia, esa disposición no era aplicable a los docentes con vinculación anterior a esa fecha; por ende, su régimen prestacional es el previsto en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, tal como se plasmó párrafos arriba.

A manera de ilustración, y por encontrarse acorde con el criterio de este Despacho, se trae a colación la conclusión que sobre el tema tratado planteó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto emitido el 10 de agosto de 2011 a petición del Ministerio de Educación Nacional¹⁰, en donde concluyó que el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 rigió durante el lapso comprendido entre el 23 de diciembre y el 24 de julio de 2007, y con base en ello hizo la siguiente precisión:

“(…) En este orden de ideas, teniendo en cuenta la modulación señalada en sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre los alcances del artículo 3o. del decreto 3752, su posterior derogatoria por la ley 1151 de 2007, lo dispuesto por la ley 812 de 2003 en su artículo 81, y en consideración al texto de la consulta formulada, se identifican 2 grupos de personas:

*“- **GRUPO 1:** Integrado por los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003**, es decir el 27 de junio de 2003; para este grupo el régimen prestacional aplicable es el establecido en las normas que como docentes los regían para esa fecha, es decir, la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes.*

“Por tanto, si su pensión se causó durante la vigencia del artículo 3o. del decreto 3752 de 2003 y se liquidó y pagó con la fórmula establecida en dicha norma, tienen derecho al reajuste de la misma, con el fin de incluir los factores de liquidación contemplados en las normas que se encontraban rigiendo al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003.

*“- **GRUPO 2:** Conformado por quienes estando vinculados a otros sistemas o sectores al **entrar en vigencia la ley 812 de 2003, es decir, el 27 de junio de ese año, ingresan por primera vez al sector público educativo oficial.** En este grupo se pueden presentar dos hipótesis a saber:*

“(i) Si dichas personas no se encontraban en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no era posible que se les hubiese causado y liquidado la pensión durante la vigencia del artículo 3o. del decreto reglamentario 3752 del 2003, por cuanto no alcanzaban a reunir los requisitos para ello.

“(ii) Por el contrario, a las personas amparadas por el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se les tuvo que reconocer y liquidar la pensión de conformidad con la normatividad establecida para el sistema pensional al cual se encontraban afiliadas, y en consecuencia no tendrán derecho a solicitar el reajuste de su pensión, puesto que su reconocimiento se efectuó de conformidad con un régimen pensional diferente al de los docentes (…)”

Así las cosas, con fundamento en la jurisprudencia y el concepto reseñados en antecedencia, estima el Despacho que el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003,

¹⁰ Consejero ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00 (2048), actor: Ministerio de Educación Nacional.

mientras estuvo rigiendo, no le era aplicable al demandante en razón a que su vinculación al servicio público educativo oficial ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, antes de junio 27 de 2003. Por consiguiente, el reconocimiento de su pensión debe sujetarse integralmente a los parámetros fijados en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de esa misma anualidad, en lo que concierne a la edad, tiempo y monto pensional, con inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

Respecto al monto de la pensión, consagra el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que corresponde al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Por su parte, el artículo 3º de la pre citada ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, enuncia ciertos factores para efectos de liquidación de la pensión de jubilación¹¹, norma sobre la cual el Consejo de Estado había adoptado disímiles posturas en torno a su interpretación; no obstante, la Sección Segunda de esa Corporación en Sala Plena, unificó el criterio estableciendo que se deben incluir en la base de liquidación todos los factores devengados por el servidor en el último año de servicios, fallo que por ilustrativo se transcribe¹²:

“(...) Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

“Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual “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”. Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003¹³, concluyendo que “en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) “en el evento de no haberse pagado la totalidad de los

¹¹ “Artículo 3º. 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. (...)”.

¹² CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. C.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto 2010. Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Flórez Aníbal.

aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes”.

“Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. Entonces, en la sentencia de 16 de febrero de 2006¹⁴, se expresó:

“La ley 33 de 1985 en el artículo 1º dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).

“En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente.”

“En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma¹⁵:

“En relación con el argumento de la actora, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que “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 Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión. (...)

“Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse.

“Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones.”.

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. (...).

“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho.

reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

“Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

“No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.¹⁶

“Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto la actora tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación¹⁷(...)” (Subraya del despacho).

Advierte el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación que los factores especificados en la Ley 33 de 1985, no deben entenderse en forma taxativa, sino que los mismos están plasmados a título enunciativo, y que en tal sentido, no se impide la inclusión de otros factores que constituyan salario - sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación de sus servicios -, devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, aun cuando no estén contenidos en la Ley 33 de 1985; incluso, algunas prestaciones sociales como la prima de navidad y la prima de vacaciones, que a pesar de tener esta naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y pensiones, por expresa disposición del legislador.

Se concluye entonces que para el caso materia de estudio, se deben reconocer como factores salariales, todos los enunciados en la decisión de unificación del Consejo de Estado, sobre la base de afirmar que los establecidos en la norma se aplican de manera enunciativa.

6.2.3. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

- A través de Resolución No. 414, de 14 de febrero de 2005, expedida por el Representante del Ministro de Educación ante el Departamento del Valle del Cauca, en representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se reconoció y ordenó pagar en favor del demandante, pensión mensual vitalicia de jubilación, por valor de \$1.251.611,

¹⁶ Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. C.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto 2010. Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

a partir de noviembre 13 de 2004, fecha en que adquirió el status de jubilado, en virtud a que nació en noviembre 12 de 1949 y acreditaba más de veinte (20) años de servicio, puesto que se posesionó como docente nacionalizado el 14/09/1971. El parámetro de la liquidación de la pensión, fue el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio en la fecha que adquirió el status, tomándose como único factor salarial la asignación básica. (fls. 7-9 c. 1).

- Por escrito radicado el 10 de agosto de 2007, distinguido con el consecutivo No. 47284 y código de barras número 0000208948, el demandante solicitó al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, la reliquidación de su pensión con inclusión de nuevos factores salariales en el ingreso base de liquidación (fls. 10-11). El apoderado del actor manifiesta que esta petición nunca fue contestada y, por consiguiente, se configuró el acto administrativo ficto de carácter negativo objeto de la demanda que dio origen a este proceso.
- A folios 5 y 6 del cuaderno 1, y 13 y 14 del cuaderno 2, reposan certificados de salarios devengados por el señor RODRIGO ALARCÓN PARRA durante los años 2003 y 2004, expedidos por el Rector de la Institución Educativa HUMBERTO RAFFO RIVERA. De allí se extrae que durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado -13/11/2003 a 12/11/2004- el demandante devengó:
 - a) Sueldo básico;
 - b) Horas extras (Decreto Departamental 0796 de 1972);
 - c) Prima de vacaciones;
 - d) Prima de navidad de junio;
 - e) Prima de navidad de diciembre;
 - f) Subsidio de alimentación;
 - g) Prima de población;
 - h) Prestación departamental Decreto 796.
- Iguales certificados obran a folios 19 y 20 del cuaderno 2, pero correspondiente a los salarios percibidos en 2013 y 2014.

- Obra en el expediente certificado de historia laboral del demandante, emitida por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE PALMIRA, adiada 21/11/2014 (fls. 21 y 22 c. 2).
- Mediante Resolución No. 3580 de noviembre 4 de 2014, se retiró del servicio al señor ALARCÓN PARRA, a partir de noviembre 12 de 2014, por haber cumplido la edad de retiro forzoso (fl. 34 c. 2).
- Con los antecedentes administrativos se allegó copia auténtica de la Resolución No. 1151.13.3-0810 de abril 9 de 2015, proferida por el Secretario de Educación Municipal de Palmira, en la que se reliquidó la pensión de jubilación del demandante, a partir de noviembre 12 de 2014, aplicando el 75% de lo devengado durante el último año de servicio a la fecha del retiro definitivo, incluyendo en el ingreso base de liquidación la asignación básica y las horas extras (fls. 5-8 c. 2).
- De acuerdo con los considerandos de la resolución prementada, el pronunciamiento lo motivó la solicitud del señor RODRIGO ALARCÓN PARRA, radicada el 09/12/2014 bajo el número 2014-PENS-024567. Es decir, que ese acto no se refiere a la petición de reliquidación formulada por el demandante el 10 agosto de 2007.

7. EL CASO CONCRETO

7.1. Anulación del acto administrativo ficto y factores salariales llamados a considerar

Descendiendo al análisis del caso concreto, se resalta, conforme a los hechos probados, que el demandante, señor RODRIGO ALARCÓN PARRA, en condición de docente nacionalizado adquirió el status jurídico de jubilado desde noviembre 12 de 2004, fecha en que cumplió 55 años de edad, en tanto nació el 12 de noviembre de 1949¹⁸, y llevaba más de 33 años de servicio prestado al Magisterio Oficial, teniendo en cuenta que empezó a laborar el 14 de septiembre de 1971¹⁹.

Dicho de otra manera, fue desde noviembre 12 de 2004 que el demandante cumplió los requisitos señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 para

¹⁸ Información contenida en la Resolución No. 414 de 14 de febrero de 2005.

¹⁹ Información obtenida del certificado de historia laboral visto a folio 21 y 22 del cuaderno 2.

acceder a la pensión de jubilación, régimen general de pensiones que le era aplicable por haberse vinculado al magisterio con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, pero ejerció ese derecho solamente desde noviembre 12 de 2014.

En esa medida, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado arriba mencionada, la entidad demandada tenía la obligación de liquidar la pensión de jubilación de la demandante, sobre el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de todos los factores salariales devengados **durante el año anterior a la adquisición del status**, incluyendo en el IBL la asignación de sueldo mes, prima de navidad junio, prima de navidad diciembre, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y prima de población²⁰.

Al respecto se considera que las primas de navidad junio, prima de navidad diciembre y la prima de vacaciones, por disposición legal constituyen factor salarial a efectos de liquidar pensión.

No ocurre lo mismo con el subsidio de alimentación y la prima de población por cuanto no representan en sentido estricto una remuneración del servicio docente prestado y por lo mismo no se trata de factores llamados a considerar para efectos pensionales.

Al analizar el acto de reconocimiento pensional²¹ obrante a folios 7 a 9 del cuaderno principal, se puede observar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liquidó esta prestación tomando en cuenta únicamente el 75% del promedio de la asignación básica percibida durante el año anterior a la adquisición del status. Esto conduce a afirmar que dicha entidad omitió incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión, factores tales como: prima de navidad de junio, prima de navidad de diciembre y prima de vacaciones²².

En lo que atañe a la prestación denominada horas extras establecidas en el Decreto 0796 de 1972, que devengó el demandante en el periodo antes señalado, la entidad demandada no estaba obligada a incluirlas en el IBL por tratarse de un

²⁰ Información extraída de certificados de salarios expedidos por el Rector de la Institución Educativa Humberto Faffo Rivera visible a folio 38 del cuaderno No. 2.

²¹ Resolución No. 414, de febrero 14 de 2005, expedida por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento del Valle del Cauca –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

²² Información extraída de certificados de salarios expedidos por el Rector de la Institución Educativa Humberto Faffo Rivera, glosados a folios 5 y 6 del cuaderno 1, y 12 y 13 del cuaderno 2.

factor salarial extralegal creado por el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA sin tener competencia para ello, tal como pasa a explicarse:

En efecto, en el artículo 15 del aludido Decreto, el Departamento del Valle del Cauca asumió la obligación de pagar a los profesores de técnicas de los colegios industriales y a los docentes de colegios agropecuarios el valor de 15 horas extras semanales.

Ahora bien, en relación con la competencia de los entes territoriales para crear derechos salariales y prestacionales, el Consejo de Estado hizo las siguientes precisiones²³:

“(…) Pues bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con derechos salariales creados mediante actos expedidos por autoridades del orden territorial²⁴ con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

“Recién expedida la Constitución Política de 1886 y aún con las reformas contenidas en los actos legislativos de 1910 y 1945, los entes territoriales tenían una potestad para la fijación de los sueldos de sus empleados²⁵, mas no respecto al régimen prestacional de los mismos.

“Posteriormente el Acto Legislativo No. 1 de 1968, estableció que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso a nivel nacional, por las Asambleas a nivel Departamental y por los Concejos en el orden local²⁶ y señaló en el artículo 76 numeral 9, que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, era de competencia única y exclusiva del Congreso.

“La Constitución de 1991, estableció en su artículo 150 que al Congreso le corresponde dictar las normas generales para que el Gobierno fije el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, así como el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

“Es decir que ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991, la fijación del régimen prestacional ha sido competencia de las entidades territoriales, pues ha sido del resorte del Congreso o el Legislador extraordinario.

“En lo que se refiere a la fijación de sueldos, antes del año 1968 las entidades territoriales tenían una potestad amplia, ahora, con la Constitución de 1991 existe una competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

“En relación con el tema, esta Corporación ha establecido que la legalidad del acto respecto de la competencia para su expedición, debe dilucidarse bajo los parámetros establecidos

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, C.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12).

²⁴ Sección Segunda, Sentencia de 27 de octubre de 2011, expediente No. 1313-08, Actor: Manuel Isidro Sánchez Guerrero, Demandado: Hospital San Rafael de Pacho –Cundinamarca.

²⁵ En sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado, expediente 250002325000200408852 01 (1313-2008), actor Manuel Isidro Sánchez Guerrero. Claramente se señaló que con la expedición de la Constitución de 1886 y las reformas contenidas de los años 1910 y 1945 los entes territoriales tenían una potestad amplia para la fijación de los sueldos de sus empleados departamentales, potestad que incluía la de crear factores o elementos de salario. A partir de la reforma de 1968 es evidente que hubo una reforma sustancial, de manera que las competencias de los órganos de dirección de los entes territoriales se limitó a la potestad de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo.

²⁶ Artículo 127. Son atribuciones de los Concejos, que ejercer conforme a la Ley, las siguientes: “3. determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.

por las normas vigentes para el momento de su expedición, en consecuencia, el cambio de normatividad respecto de la competencia no implica que dicho acto se torne ilegal o inconstitucional.

“No obstante no puede perderse de vista que el empleado que fue vinculado después del año 1968, debe someterse a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los factores que lo conforman, que en este caso es el previsto por el legislador y no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal.

Al analizar el caso concreto en la misma sentencia de febrero 13 de 2014, antes referida, la alta Corporación concluyó:

“(…) En ese orden de ideas, se tiene que como la prima de alto riesgo visual, fue creada con posterioridad a la reforma de 1968, cuando el Concejo Municipal ya no tenía esta potestad amplia para el efecto, no puede validarse su inclusión para que haga parte de la base de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, así como los conceptos de prima de navidad extralegal, las primas de antigüedad, vacaciones y calor, pues estas fueron establecidas y pactadas en la convención colectiva de la Caja de Previsión Social.

“(…) Si bien la sentencia de unificación de esta Corporación antes citada, prescribe que se deben incluir todos los factores salariales devengados de manera habitual en el último año de servicios para que hagan parte de la base de liquidación pensional, sin importar su denominación y la entidad certificó qué conceptos fueron devengados, lo cierto es, que no es posible su inclusión en la base de liquidación de la pensión, en razón a que su creación y reconocimiento se hicieron por fuera del marco legal de competencias y no se puede validar cuando en efecto su fundamento es ilegal o inconstitucional.

“(…) En tales circunstancias y de acuerdo con lo antes expuesto la Sala comparte la decisión proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en cuanto **los factores prima de navidad extralegal, la prima de antigüedad vacaciones, prima de alto riesgo visual, quinquenio, prima de calor, solicitados en la apelación por la parte demandante no deben ser incluidos en la base de liquidación de la pensión, porque su creación se dio por fuera del marco legal de competencias**”. (Se resalta).

De lo anterior se extrae que hasta antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968, las autoridades territoriales tenían la potestad de fijar sueldos o factores salariales para sus empleados. Con posterioridad a tal año y hasta el fenecimiento de la Constitución de 1886 esta competencia se limitó a la facultad de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo; lo que quiere decir que en los demás aspectos, la competencia radicaba en cabeza del Congreso o del legislador extraordinario. En vigencia de la Constitución de 1991 la competencia es concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Asambleas, los Concejos, Gobernadores y Alcaldes, aspecto que fue ratificado por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1999.

Ahora, válido es aclarar que en materia prestacional las autoridades territoriales nunca han tenido competencia para crear algún tipo de prestación social, pues ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991 se les confirió tal facultad.

Así las cosas, para determinar si un factor salarial extralegal reconocido por una entidad territorial puede o no ser incluido en la base de liquidación pensional, debe establecerse si aquél efectivamente fue reconocido bajo el marco de competencias legales y constitucionales reseñado en precedencia.

En los anteriores términos, solo podrá incluirse dicho factor en la liquidación pensional si la disposición territorial que lo creó fue expedida con anterioridad al año 1968²⁷ y el empleado que la devenga se vinculó al servicio de la entidad con anterioridad a tal fecha, pues de lo contrario, si el acto territorial creador de la prestación es posterior al año 1968, se entenderá que el mismo fue expedido con ausencia de competencia para ello y no podrá convalidarse tal irregularidad incluyendo el factor salarial en la liquidación pensional respectiva.

De otra parte, si el acto territorial que reconoce la prestación es anterior al año 1968, pero el empleado que se beneficia de éste es vinculado al servicio de la entidad con posterioridad a tal año, la prestación reconocida tampoco podrá ser incluida como factor en la respectiva liquidación pensional.

Analizando el caso concreto bajo las anteriores inferencias, tenemos que la disposición territorial que creó las horas extras industriales (por valor de 15 horas extras semanales) que hoy nos ocupa, valga decir, el Decreto 0796 de 1972, fue expedida con posterioridad al año 1968 y en vigencia de la Constitución Política de 1886²⁸ y, por ende, sin tener competencia el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA para ello, pues, como se indicó anteriormente, la competencia para fijar los salarios o los factores que lo conformaban en dicho período radicaba en cabeza del Congreso o del legislador extraordinario.

Además debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el certificado de salarios que obra a folios 5 y 6 del cuaderno principal, las horas extras en mención se reconocieron al demandante como una prestación fija y no como si se tratase de una verdadera prestación de trabajo suplementario o adicional a la carga académica legalmente establecida²⁹, que conforme al artículo 11 del Decreto 1850 de 2002, corresponde a una jornada laboral mínima de ocho (8) diarias.

²⁷ Periodo en el que las entidades territoriales tenían amplia facultad para fijar sueldos.

²⁸ Periodo en el que la competencia de las autoridades territoriales se limitaba solo a la potestad de terminar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo.

²⁹ El Decreto 111 de 1986, artículo 3º, consagra que *“La hora extra es la hora clase efectivamente dictada por un docente de tiempo completo por encima de la carga académica que le corresponda según las normas vigentes. Para efectos de pago las novedades por horas extras no trabajadas se descontarán en el mes siguiente”*.

En punto al tema, cabe mencionar que dentro del régimen salarial de los docentes³⁰ no se encuentra un emolumento denominado “horas extras industriales” (por valor de 15 horas extras semanales).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto emitido el 17 de agosto de 2000³¹ sobre el derecho a prestaciones sociales e incrementos salariales que les pudiera asistir a los docentes nacionalizados de tiempo completo que adicionalmente prestaron servicios por horas, analizó el marco normativo relativo a la vinculación por horas, el sistema de hora cátedra y las horas extras de los docentes oficiales, y respecto de estas últimas expresó las siguientes conclusiones:

“b) En cuanto a las horas extras

- *“La hora extra es la efectivamente dictada por un docente de tiempo completo, por encima de la carga académica que le corresponde según las normas vigentes.*
- *“Ninguna hora extra se reconocerá y pagará como tal si el docente a quien le fue asignada no atiende durante su jornada la carga académica reglamentaria que le corresponde.*
- *“El servicio por hora extra lo autoriza el rector del respectivo establecimiento.*
- *“Su término es hasta por 5 horas semanales, si es dentro de la misma jornada laboral del educador y, hasta por 10 horas semanales, tratándose de jornada distinta dentro del mismo plantel educativo.*
- *“Los nombramientos de profesores por horas extras serán solo por el año lectivo correspondiente.*
- *“El trabajo por horas extras no puede convertirse en habitual y permanente.*
- *“Sólo podrán asignarse horas extras cuando éstas no puedan ser asumidas por otro docente de tiempo completo, dentro de la carga académica ordinaria.*
- *“Debe existir disponibilidad presupuestal.*
- *“La autoridad nominadora en ningún caso podrá autorizar horas extras en el acto administrativo del nombramiento de un educador de tiempo completo.*
- *“En cualquier momento aquélla podrá ordenar la suspensión de la prestación del servicio por horas extras docentes, cuando desaparezca la necesidad, como consecuencia de la disminución de la demanda respectiva.*

“Como puede observarse de todo lo hasta aquí expuesto son distintas las características de la vinculación por horas, el sistema de hora cátedra y las horas extras. Sin embargo, se repite, existió un período - el sexto - en que las nociones de hora clase y hora cátedra se asimilaron (...).”

De lo anterior puede colegirse que la prestación que nos ocupa (horas extras industriales) no se enmarca dentro del régimen legal de horas extras de los docentes oficiales.

³⁰ De acuerdo con el artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, en armonía con el parágrafo 2º del artículo 105 de la Ley 115 de 1994, “los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial”.

³¹ Concepto de 17 de agosto de 2000, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Radicación No. 1247, actor Ministerio de Educación Nacional.

En ese orden de ideas, no es procedente, ni válido, incluir el factor *horas extras industriales* en la base de liquidación pensional del demandante, dado que, por una parte, es un derecho salarial creado por el Departamento del Valle del Cauca sin tener competencia para ello; y por la otra, ese factor no se ajusta al régimen legal de horas extras de los docentes oficiales.

Aunque procesalmente se estableció que el demandante a través de la Resolución No. 1151.13.3-0810 de abril 9 de 2015, proferida por la Secretaría de Educación Municipal de Palmira -actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, obtuvo reliquidación de la pensión de jubilación, **con efectos a partir del 12 de noviembre de 2014**, aplicando el 75% de lo devengado durante el último año de servicio a la fecha del retiro definitivo³² – del 12 de noviembre de 2013 al 11 de noviembre de 2014-, incluyendo en el IBL la asignación básica y las horas extras (fls. 5-8 c. 2) y dicho criterio no es compartido por el Juzgado, dentro del proceso que nos ocupa no es posible pronunciarnos acerca de dicha temática, por cuanto no forma parte del escenario procesal.

Lo anterior, en cuanto dicha decisión fue proferida cuando este proceso ya se encontraba en curso, concretamente cuando se encontraba pendiente la celebración de la audiencia inicial. Adicionalmente, este acto surgió ante el agotamiento de nuevo procedimiento administrativo por parte del demandante, ante una nueva situación jurídica, generada por haberse dado su retiro definitivo del servicio, lo cual implicaba la reliquidación de la pensión con el promedio de lo percibido en el último año de servicio.

Dicho de otra manera, el acto en comento no se refiere a la petición de reliquidación formulada por el demandante el 10 agosto de 2007, con la que se constituyó el acto ficto o presunto de carácter negativo cuya legalidad es la que se estudia en este proceso.

En suma, resulta viable declarar la nulidad del **acto administrativo ficto o presunto**, producto del silencio administrativo negativo **configurado el 10 de noviembre de 2007** al no haberse dado respuesta a la petición formulada por el demandante el 10 de agosto de 2007, acto a través del cual se presume que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE PALMIRA, actuando en nombre

³² A través de Resolución No. 3580 de 4 de noviembre de 2014, emitida por el Secretario de Educación del Municipio de Palmira, se retiró del servicio al señor RODRIGO ALARCÓN PARRA, por haber cumplido la edad de retiro forzoso, a partir del 12 de noviembre de 2014.

del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, negó la reliquidación de la pensión de jubilación del señor RODRIGO ALARCÓN PARRA con inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status de jubilado.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que reliquide la pensión de jubilación del antes nombrado, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el año anterior al status, contado del 13 de noviembre de 2003 al 12 de noviembre de 2004, incluyendo en el ingreso base de liquidación la asignación básica, prima de navidad de junio, prima de navidad de diciembre y prima de vacaciones.

Conviene reiterar que la condena al pago de las diferencias pensionales resultantes de la reliquidación antes ordenada, **se circunscribe al periodo comprendido de noviembre 12 de 2003³³ a noviembre 11 de 2004**, toda vez que está probado en el proceso que por Resolución No. 414 de febrero 14 de 2005, adquirió el estatus de jubilación a partir de noviembre 12 de 2004.

7.2. Posibilidad de retiro posterior a la adquisición del estatus de pensionado:

El artículo 5° del Decreto 224 de 1972 dispuso:

“Artículo 5°.- El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad.”.

En tal sentido, se considera que es factible ordenar reliquidar la pensión del demandante en los términos expresados, al margen de que se tenga claro que su retiro del servicio se produjo por haber cumplido la edad de retiro forzoso solamente a partir de noviembre 11 de 2014, según consta en certificación visible a folio 40 del Cuaderno No. 2.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁴ ha precisado:

“(…) En lo que atañe al caso concreto es válido afirmar que los docentes oficiales han disfrutado de algunas prerrogativas, como la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5°), algunos gozan de la denominada pensión gracia (Leyes 114 de

³³ Fecha a partir de la cual se reconoció el derecho pensional mediante Resolución No. 414 de 14 de febrero de 2005.

³⁴ Sentencia de abril 7 de 2011. Magistrado Ponente VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Radicación No. 15001233100020060294201 (1739-10). Demandante GLORIA STELLA ULLOA ULLOA

1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), prestaciones que reiteran las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, artículo 279 y 115 de 1994, artículo 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

“Bajo estos supuestos, el artículo 5º del Decreto 224 de 1972 consagró la compatibilidad del ejercicio de la docencia con el goce de la pensión de jubilación, luego el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 previó, que el disfrute de la pensión no sería improcedente con el ejercicio de empleos docentes. Ahora bien, por su parte la Ley 115 de 1994 en su artículo 115 inciso 1º, preceptuó que el ejercicio de la profesión docente se regiría por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por dicha ley, y el régimen prestacional de los educadores estatales por lo establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993³⁵ y por la misma Ley 115; sin embargo, es oportuno reiterar que tal prerrogativa no implica que los docentes disfruten de un sistema especial de pensiones, pues lo que consagran las mencionadas normas es la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación bajo condiciones preferentes.

“Entonces, se comparte la decisión del A quo en cuanto ordenó reconocer la pensión ordinaria de jubilación de la actora a partir del momento de la adquisición del status pensional, sin condicionarla al retiro definitivo del servicio, pues tal determinación era viable al amparo del ordenamiento jurídico vigente (...).”

7.3. Liquidación de la pensión reclamada

Precisado lo anterior, se dispondrá que la entidad demandada podrá realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores salariales cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, pues así lo ha indicado el Consejo de Estado, al explicar que:

“(...) la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional (...).”³⁶

Al liquidar las sumas dinerarias en favor de la actora, los valores serán ajustados en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social dejada de percibir por el actor, 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 efectuarse el pago de la obligación).

³⁵ Derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. Rad. 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.”

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación³⁷ (v. gr. mesada pensional o su diferencia, etc.), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Los intereses, si los hubiere, serán reconocidos en la forma señalada en el inciso 3º del artículo 192 y el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

8. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Con relación a la prescripción, se tiene que el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, prevé que las acciones derivadas de los derechos consagrados en el mismo prescriben en tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe por lapso igual con el simple reclamo escrito que haga el empleado o trabajador del derecho respectivo. Esta disposición fue reiterada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969. El consejo de Estado se refirió frente a las normas en comento en los siguientes términos:³⁸

“(...) Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968³⁹ y 102 del Decreto 1848 de 1969⁴⁰ que disponen: “Las acciones estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible (...)”.

“Contempla el mismo artículo que el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

“Retomando las normas citadas en el párrafo anterior en relación con la prescripción de los derechos laborales, se debe partir del presupuesto de que el derecho sobre el cual se solicita el reconocimiento administrativo y/o judicial debe encontrarse en su momento de exigibilidad, para que a partir de allí, se empiece a contabilizar el término de su prescripción. Es decir, el prerrequisito de la aplicación de la prescripción del derecho, es que éste se encuentre en el estado jurídico de la exigibilidad (...)”

Surge de lo anterior que las prestaciones laborales de los empleados públicos y trabajadores oficiales prescriben en el término de tres años, y que cuando el trabajador o empleado formula petición reclamando el derecho respectivo ese

³⁷ Debe tenerse en cuenta que en esta sentencia sólo se reconocieron las diferencias causadas del 13 de noviembre de 2004 al 11 de noviembre de 2014.

³⁸ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Sala de Conjueces, Sentencia de Unificación de 18 de mayo de 2016, Exp. Rad. 25000-23-25-000-2010-00246-02 (0845-15), C.P.: JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA (Conjuez).

³⁹ Artículo 41, Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual”.

⁴⁰ Artículo 102, Decreto 1848 de 1969: “1. Las acciones que emanen 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”.

término se interrumpe por un lapso igual. Precisa el Consejo de Estado que la prescripción debe contabilizarse a partir del momento en que el derecho reclamado verdaderamente se haga exigible.

De lo anterior se infiere que transcurrido un lapso de tres (3) años contados a partir de la reclamación del derecho que suspendió el término de prescripción, sin que el servidor público ejercite la acción correspondiente, la prestación prescribe. Empero si se trata de prestaciones periódicas como las mesadas pensionales, la prescripción se interrumpe con la presentación de una nueva petición o con la presentación de la demanda.

De cara al derecho a la pensión la jurisprudencia del Consejo de Estado reiteradamente ha afirmado que si bien el derecho es imprescriptible, el cobro de las mesadas debe ser oportuno, por cuanto estas o sus diferencias si son susceptibles de la prescripción extintiva⁴¹.

Bajo las anteriores consideraciones, se observa que en el caso concreto el derecho pensional se causó desde noviembre 13 de 2004, la solicitud de reliquidación se radicó en agosto 10 de 2007⁴² y la demanda se presentó desde mayo 22 de 2014⁴³; por lo que se establece que si bien la prescripción se interrumpió el 10 de agosto de 2007 con la reclamación del derecho, también lo es que esta se reanudó desde agosto 10 de 2010 por no haberse presentado la demanda en ese periodo, no obstante se interrumpió nuevamente desde mayo 22 de 2014 con la interposición de la demanda, en razón a que el derecho reclamado constituye una prestación periódica.

Consecuentes con lo anterior, en aplicación del fenómeno jurídico de la prescripción trienal, se **declarará oficiosamente la prescripción de la diferencia de las mesadas reconocidas**, causadas con anterioridad al mayo 22 de 2011.

9. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá**

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 2 de agosto de 2007, Exp. Rad. 4710-05, C. P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Actor: Luz Marina Manonegra de Montaña; Demandado: Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital -FAVIDI-. "(...) **REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION – El derecho no prescribe sino las diferencias que surgen luego de aplicarlo.**

No es posible declarar la prescripción del derecho al reajuste contemplado en la Ley 6ª de 1992, pues el mismo no prescribe por estar reconocido en ésta norma, lo que prescribe son las diferencias que surgen, cuando se aplica el reajuste a la mesada pensional y ésta incide en el valor de las futuras.

(...)"

⁴² Folios 10 y 11 cuaderno 1.

⁴³ Según consta en acta de reparto visible a folio 16 del cuaderno 1.

sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.⁴⁴, entre otras cosas, establece que:

“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”.

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación⁴⁵:

*“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)**” (Se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas; contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

⁴⁴ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del **acto administrativo ficto o presunto**, producto del silencio administrativo negativo **configurado el 10 de noviembre de 2007** al no haberse dado respuesta a la petición formulada por el demandante el 10 de agosto de 2007, acto a través del cual se presume que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE PALMIRA -actuando en nombre del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- negó la reliquidación de la pensión de jubilación del señor RODRIGO ALARCÓN PARRA.

SEGUNDO: En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión de jubilación del demandante, en cuantía equivalente al 75% del salario promedio devengado durante el año anterior al status, contado del 13 de noviembre de 2003 al 12 de noviembre de 2004, incluyendo en el ingreso base de liquidación **la asignación básica, prima de navidad de junio, prima de navidad de diciembre y prima de vacaciones.**

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar al demandante las diferencias pensionales dejadas de percibir, resultantes entre lo que se pagó como consecuencia del reconocimiento pensional realizado y lo que debió pagar tras realizar la respectiva reliquidación de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **La reliquidación se circunscribe únicamente a las diferencias causadas en el periodo comprendido desde noviembre 12 de 2004 hasta la fecha noviembre 12 de 2014**, fecha de retiro del demandante como docente, conforme se explicó en la parte motiva de este fallo.

Dichas sumas se ajustarán dando aplicación a la fórmula indicada hasta la ejecutoria de la sentencia y devengarán intereses moratorios a partir de dicho momento, siguiendo las indicaciones del artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA.

CUARTO: DECLARAR PROBADA OFICIOSAMENTE la excepción parcial de prescripción; en consecuencia se declaran prescritas las **diferencias de las mesadas pensionales causadas** con anterioridad a mayo 22 de 2011, según se expuso en la parte considerativa de este fallo. En consecuencia el pago de diferencias se producirá entre mayo 23 de 2012 y noviembre 12 de 2014.

QUINTO: NEGAR la pretensión de reliquidación pensional con inclusión de los factores denominados horas extras (Decreto Departamental 0796 de 1972, artículo 15), subsidio de alimentación y prima de población, según se indicó en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: NO CONDENAR en costas en esta instancia, tal como se expuso en la parte considerativa de esta sentencia.

SÉPTIMO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

OCTAVO: En firme la presente sentencia, comunicar a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del C.P.A.C.A.

NOVENO: LIQUIDAR los gastos del proceso y **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Original Firmado
CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez