

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 114

Santiago de Cali, julio 26 de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación	76-001-33 33-005-2016-00120-00
Demandante	Ligia de Jesús Yepes Arango
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 apoderado judicial, por la señora Ligia de Jesús Yepes Arango, en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo presunto, que surge como consecuencia de la omisión para resolver una solicitud de incremento pensional radicada en agosto 06 de 2015.

1.2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene el reconocimiento y pago de un ajuste pensional en cuantía de 75%, calculado sobre el promedio de sueldo y factores salariales percibidos por el docente fallecido durante el año inmediatamente anterior a su muerte.

1.3. Actualizar los valores reconocidos de conformidad con los artículos 192 y siguientes del CPACA.

2. HECHOS

2.1. Mediante Resolución No. 4143.0.21.8211 de septiembre de 2014, expedida por la Secretaria de Educación Municipal de Santiago de Cali, actuando en nombre Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció una pensión de sobreviviente en favor de la señora Ligia de Jesús Yepes Arango, causada como consecuencia del fallecimiento del señor Jorge Eliecer Rengifo Perea.

2.2. Se aduce que a la mencionada pensión se le aplicó un porcentaje de 53% del salario promedio mensual devengado durante los 10 años de servicio anteriores al fallecimiento del señor Rengifo Perea. Agrega que se hizo efectiva a partir de febrero 13 de 2008.

2.3. En agosto 06 de 2014, la parte demandante solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de un incremento pensional, de tal forma que se incluya dentro de la base de liquidación todas aquellas sumas de dinero percibidas por el señor Rengifo Perea durante el año inmediatamente anterior a la causación del derecho, en cuantía de 75%, como lo ordena el Honorable Consejo de Estado, sin embargo la entidad no ha dado respuesta a su petición.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera violada la Ley 33 de 1985 en su artículo 1º.

El apoderado de la parte actora aduce que el régimen prestacional aplicable a los servidores públicos es el señalado por la Ley 33 de 1985.

Ley que su artículo 1º indica que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años, continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tendrán derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes el último año de servicio.

Aclara, que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Ley 33 de 1985, la base de liquidación de la pensión debe estar comprendida por todas aquellas sumas de dinero que periódica y habitualmente percibe el trabajador como una contraprestación a los servicios prestados durante el año inmediatamente anterior a la causación del derecho.

Dice que en el caso que aquí se examina la mesada Pensional actualmente percibida por la accionante se determinó con el promedio de sueldos y factores constitutivos de salarios percibidos por el docente fallecido durante los últimos 10 años anteriores a la fecha de su muerte.

Con todo concluye que el Contenido del Acto Administrativo por medio del cual se concede a la demandante la pensión de sobreviviente se incurrió en un error de interpretación en lo que respecta a la determinación del régimen prestacional aplicable, toda vez que el porcentaje reconocido como mesada pensional fue de 53%, calculado sobre el promedio de sueldos y factores constitutivos de salarios percibidos durante los últimos 10 años anteriores a la fecha de fallecimiento del señor Rengifo Perea.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio manifiesta que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, dado que la actora no tiene derecho a la reliquidación de la pensión con inclusión de factores salariales diferentes a la asignación básica y los sobresueldos, ya que su pensión se causó con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003.

Destaca que el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la prementada Ley, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen. Por ende, de los factores salariales relacionados en éste, a los docentes únicamente se aplica la asignación básica y las horas extras.

Dice que el Decreto 3752 de 2003, establece en el numeral 3º, que 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 esté obligado el FNPSM, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la que realice los aportes el docente. Luego entonces, este Decreto modificó el ingreso base de liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes, sujetándolo a los factores previstos para cotización. De allí, que ese Fondo no pueda incluir en la liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a la referida Ley, factores diferentes a los previstos para la cotización.

Precisa que el fallecido adquirió el estatus de pensionado en fecha posterior a la expedición de la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, normas que no incluyen tales factores como base de liquidación de aportes.

Advierte que el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, fija los requisitos para que los empleados oficiales accedan a la pensión, determinando que el monto es el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Al mismo tiempo, establece un régimen de transición para los empleados oficiales que a la entrada en vigencia de dicha ley, hayan cumplido 15 años de servicio; pero, sólo en lo relacionado con la edad de jubilación, porque lo atinente a los factores salariales no está incluido en el mismo.

Hace referencia a la sentencia del Consejo de Estado de fecha 12 de febrero de 2009, expediente 150012331000200201164-01, con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez Páez, en relación con el régimen pensional de los afiliados al FNPSM.

Concluye entonces, que las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también le serán incluidos como base de liquidación de su pensión.

Propuso las excepciones **de prescripción, inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y cobro de lo no debido**, que se resolverán en el desarrollo de este proveído.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

5.1. La parte demandante, la entidad demandada no presentaron alegatos de conclusión y el **Agente del Ministerio Público** no rindió concepto sobre el particular, según constancia visible a filio 76 del cuaderno 1

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 sobreviviente reconocida en favor de la demandante, tomando en cuenta el 75% del ingreso base de liquidación constituido por todos los factores de salario devengados por el señor Jorge Eliecer Rengifo Perea (q.e.p.d.), durante el año inmediatamente anterior a su deceso.

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.
- (ii) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (iii) Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la 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 el 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 1989¹, el señor Jorge Eliecer Rengifo Perea tenía la categoría de docente nacionalizado, aspecto que se verifica en el certificado de salarios que obra a folio 72 cuaderno 1 (medio magnético).

Por consiguiente, y toda vez que su vinculación laboral se produjo con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003², le es aplicable el régimen pensional de los

¹ “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.”

² Según se desprende de los antecedentes administrativos, visible a folios 72 del cuaderno 1.

docentes que regía con anterioridad a dicha norma, 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:

“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 1º 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 1º 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 1º 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 nacional o nacionalizado, que estando en servicio con anterioridad a la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son afiliados a éste en

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).

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

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 1º 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.

“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, la 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 servicios⁵.

Es por ello, que en principio el señor Jorge Eliecer Rengifo Perea, en el hipotético caso que antes de su deceso hubiera cumplido los requisitos tanto de edad como servicio, su pensión debería sujetarse íntegramente a los parámetros fijados en la Ley 33 de 1985 y las normas que la adicionaron o modificaron, en lo que concierne a tiempo y monto pensional, lo anterior si en cuenta se tiene que su vinculación a la docencia de dio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, antes de junio 27 de 2003.

Pero como el señor Rengifo Perea falleció no tendría derecho a la pensión, sin embargo como la Ley 100 de 1993 contempla la posibilidad de pensionarse por causa de muerte, por virtud de la Ley más favorable la señora Ligia de Jesús Yepes Arango adquirió el derecho a la sustitución de la pensión del señor Rengifo Perea por aplicabilidad de la nueva ley, que se aclara, debe ser inescindible.

6.2.2. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

6.2.2.1. A través de Resolución No. 4143.3.0.21.8211, de septiembre 25 de 2014, expedida por el Secretario de Educación del Municipio de Cali, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se dio cumplimiento a una sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido de sustituir la “pensión de sobreviviente del señor Jorge Eliecer Rengifo Perea” a favor de la señora Ligia de Jesús Yepes Arango, tomando como ingreso base der liquidación de \$1.193.933 x 53% \$632.784, a partir de febrero 02 de 2008⁶.

6.2.2.2. En medio magnético se allegaron⁷ los antecedentes administrativos que para el caso que nos ocupa se destacan:

6.2.2.2.1. Certificado de tiempo de servicio expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, en la que se indica que el señor Jorge

⁵ Información que se extrae de los antecedentes administrativos allegados en medio magnético visible a folio 72 cuaderno 1.

⁶ Folios 2-6 del cuaderno 1.

⁷ Antecedentes administrativos visibles a folio 72 cuaderno 1.

Eliecer Rengifo Perea prestos sus servicios como docente desde enero 01 de 1994 a febrero 13 de 2008, para un total de tiempo de servicio de 14 años, 1 mes y 12 días.

6.2.2.2.2. Registro civil de defunción del señor Rengifo Perea donde consta que éste falleció en febrero 13 de 2008.

6.2.2.2.3. Cédula de ciudadanía del señor Rengifo Perea en la cual se indica que éste nació en junio 10 de 1944.

6.2.2.2.4. Certificado de tiempo de servicio de fecha febrero 14 de 2000 expedida por el Colegio Técnico Industrial Unidad Docente Marice Siniestra – Institución de carácter Departamental, certificado un tiempo de servicio de enero 09 de 1992 a febrero 14 de 2000 a favor del señor Rengifo Perea.

6.2.2.2.5. Certificado de salarios devengados por señor Rengifo Perea durante los años 2007 a 2008, expedido por la FIDUPREVISORA – FOMAG

6.2.2.3. A través de derecho de petición, la parte demandante solicitó a la entidad demandada, la reliquidación de su pensión con inclusión de todos factores salariales devengados por el señor Rengifo Perea durante el último año inmediatamente anterior a su fallecimiento⁸. La solicitud fue despachada desfavorablemente a través del acto ficto o presunto de carácter negativo que aquí se demanda.

7. EL CASO CONCRETO

Aplicando todo lo anterior al caso concreto, se precisa que a la demandante, señora Ligia de Jesús Yepes Arango, la entidad demandada acatando una orden emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en la sentencia de junio 12 de 2013 dentro del proceso 2010-00005-01, le reconoció una pensión de sobreviviente en ocasión del lamentable fallecimiento del docente Jorge Eliecer Rengifo Perea (q.e.p.d.), la cual fue reconocida conforme a los parámetros estipulados en la Ley 100 de 1993, situación ante la cual la actora está inconforme, pues en su sentir la mencionada pensión debe liquidarse con el 75% del total de los factores salariales devengados por el señor Jorge Eliecer Rengifo Perea durante el último año inmediatamente anterior a su deceso, es decir que se tengan en cuenta requisitos señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985,

⁸ Folio 8-9 ibídem.

régimen general de pensiones que le era aplicable por haberse vinculado al magisterio con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Sobre el particular la entidad demandada aduce que la actora no tiene derecho a la reliquidación de la pensión con inclusión de factores salariales diferentes a la asignación básica y los sobresueldos, ya que pensión se causó con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, normas que no incluyen factores como base de liquidación sobre los cuales no se hayan realizado aportes.

Ahora bien, de las pruebas allegadas al proceso, se probó que el señor Rengifo Perea prestó sus servicios como docente al servicio del estado por un poco más de 16 años⁹.

Igualmente a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 el señor Rengifo Perea estaba vinculado a la docencia y como tal queda claro entonces, que en tratándose de docentes de carácter nacional o 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.

No obstante lo anterior, considera el Juzgado que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas desfavorablemente, pues si bien se acreditó que al docente Rengifo Perea su situación en relación con su pensión de jubilación se definía conforme a los parámetros de la Ley 33 de 1985, es menester precisar que en el transcurso del proceso no se probó que éste antes de su deceso obtuviera el status de pensionado o que reunía los requisitos necesarios para su reconocimiento, así las cosas, al no haber completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante¹⁰. En ese orden de ideas al no existir una prueba contundente o testimonio de personas que den razón de ello, faltando entonces elementos de juicio que permitan enlazar las pretensiones de la demanda con los hechos debidamente probados en el transcurso del proceso, se reitera, se negaran las pretensiones de la demanda.

⁹ De conformidad con la sumatoria de los tiempos de servicios certificados por el Municipio de Santiago de Cali y colegio técnico industrial unidad docente Marice Siniestra – Institución de carácter Departamental, ver folio 72 cuaderno 1 (medio magnetico).

¹⁰ Sentencia C 198 de 1995. Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Al respecto, el Código General del Proceso, en su artículo 167 puntualiza:

“(...) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen.(...)”

En conclusión, las pretensiones del cual tratan los hechos de la demanda, ante la ausencia de pruebas que permitan inferir un indicio que la parte demandante haya reunido los requisitos contemplados la Ley 33 de 1985, para que su pensión sea liquidada conforme a la misma, como contraprestación prestada a favor en la entidad demandada, se constituye en una falta de deber de la carga de la prueba, razón por la cual habrán de negarse las pretensiones de la demanda.

Es menester aclarar que si bien a la demandante se le reconoció una pensión de sobreviviente por parte entidad demandada, en razón de la orden impartida a través de la sentencia de junio 12 de 2013 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca¹¹, en la misma también se indica que dicha pensión se reconoce bajo los parámetros del artículo 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, situación de la cual se infiere que a la demandante se le reconoció la mencionada pensión por favorabilidad, pues se reitera la parte demandante no reúne los requisitos de que trata la ley 33 de 1985 para su reconocimiento, así las cosas, en sentir del Despacho, cuando tenga ocurrencia una situación jurídica como la mencionada, en virtud del principio de inescindibilidad del régimen, corresponde aplicar la norma invocada en su integridad y por consiguiente el régimen que pregona y no otro.

De suerte que, la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado permaneció incólume, no siendo posible efectuar su nulidad, en atención a que el reconocimiento prestacional deprecado y cuya liquidación se pretende, en el presente caso no es de recibo los argumentos planeados en la demanda, siendo necesario entonces negar las pretensiones de la demanda.

8. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

¹¹ Información que se extrae de la Resolución No. 4143.0.21.8211 de septiembre 25 de 2014, emitida por la Secretaría de Educación del Santiago de Cali, actuando en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, visible a folios 2-6 cuaderno 1.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.¹², 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 interpretación¹³:

*“(...) 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.

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

¹² Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

¹³ 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.**

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de esta sentencia.

TERCERO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez