

	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
	Cali

Veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA No. 031

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	PAULA ROSALIA HURTADO MORENO
ACCIONADA	FOMAG
RADICADO	76001-33-33-009-2017-00008-00

1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA

1.1 Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:

Actuando por conducto de apoderado judicial, la señora **Paula Rosalia Hurtado Moreno** promueve el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo de prestaciones del Magisterio** y la entidad vinculada **-Departamento del Valle del Cauca-**, en procura de que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 2432 del 27 de agosto de 2007, por medio de la cual la entidad accionada ordenó el reajuste de su pensión de jubilación, con la inclusión de los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, esto es en el periodo comprendido entre el 25 de enero de 2005 y el 25 de enero de 2006, los cuales corresponden a: asignación básica y sobresueldo.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a las entidades demandadas a reliquidar la pensión de jubilación reconocida a su favor, con la inclusión de los factores salariales devengados durante su último año de servicios (07 de abril de 2015 al 07 de abril de 2016), los cuales corresponden a: prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad y prima de vacaciones.

Como argumentos de orden fáctico expuso, que mediante la Resolución No. 1961 del 26 de julio de 2006¹ la entidad accionada reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante, en cuantía equivalente a \$ 1.389.300, efectiva a partir del 26 de enero de 2006, fecha en la cual adquirió el status de pensionada.

Posteriormente, indicó que mediante la Resolución No. 2432 del 27 de agosto de 2007², la entidad accionada reajustó la pensión de jubilación de la señora **Paula Rosalia Hurtado Moreno**, teniendo en cuenta para ello, los factores salariales

¹ Folios 129 a 131 del expediente.

² Folios 3 a 5 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00008-00

denominados: asignación básica y sobresueldo, devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió su status de pensionada.

En este orden de ideas, señaló que el día 07 de abril de 2016 la demandante se retiró del servicio activo como coordinadora de la Institución Educativa Titán del Municipio de Yumbo – Valle, tal como se desprende de la Resolución No. 138 del 02 de marzo de 2016³.

Atendiendo los hechos antes referidos, afirma que tiene derecho a que la entidad accionada reajuste su pensión de jubilación, teniendo en cuenta para ello, los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que se retiró del servicio activo, esto es en el periodo comprendido entre el 07 de abril de 2015 y el 07 de abril de 2016, los cuales corresponden a: prima de vacaciones, prima de navidad, prima de escalafón y prima de clima.

1.2-Fundamentos de derecho de las pretensiones:

A partir de los hechos puestos de presente y con el fin de sacar adelante sus pretensiones, la parte demandante manifestó que con el actuar de la administración se desconoció lo previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1982, el artículo 9º de la Ley 71 de 1989 y los Decretos 1045 de 1978 y 1160 de 1989.

1.3. Alegatos de conclusión:

De la revisión del expediente, se observa que la parte actora no presentó sus alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal efecto, tal como se desprende de la constancia secretarial visible a folio 155.

2. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y DE LA ENTIDAD VINCULADA

2.1. Contestación de la demanda:

2.1.1. Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio:

La apoderada judicial de la entidad accionada contestó oportunamente la demanda⁴, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones al indicar que, del estudio de las normas que regulan el reconocimiento de los factores salariales a favor de los docentes es claro, que las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 y su Decreto Reglamentario 3752 de 2003, se deben liquidar únicamente con la asignación básica, y en caso de que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras y certifique la realización de aportes

³ Folios 7 del expediente.

⁴ Folios 60 a 65 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00008-00

por dichos conceptos, también les será incluido en la base de liquidación de su pensión tales factores, es decir, que de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia vigente, en el caso concreto, no hay lugar a la inclusión de los factores solicitados por la demandante, como quiera que los mismos no están autorizados por la Ley para ser tenidos en cuenta en la respectiva base de liquidación.

En este sentido, propuso como excepciones las denominadas: "*prescripción, inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley y cobro de no lo debido*".

2.1.2. Departamento del Valle del Cauca:

Al respecto, es menester indicar que mediante auto interlocutorio No. 199, proferido en audiencia inicial celebrada el 08 de marzo de 2018⁵, se declaró probada la excepción denominada: "*falta de legitimación en la causa por pasiva*", propuesta por la representante judicial del **Departamento del Valle del Cauca**; resultando por tanto desvinculado dicho ente territorial de la presente Litis.

2.2. Alegatos de conclusión:

2.2.1. Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio:

De la revisión del expediente, se observa que la entidad accionada no presentó sus alegatos de conclusión, dentro del término concedido para tal efecto, tal como se desprende de la constancia secretarial visible a folio 155.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. De los presupuestos procesales:

El Despacho no observa irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado pues, una vez admitida la demanda, notificada la misma y surtido el traslado para su contestación, se llevó a cabo la audiencia inicial en la forma señalada en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011⁶, en la que, además de fijar el litigio, se decretaron las pruebas, siendo éstas recaudadas conforme lo dispone el artículo 181 de la misma norma.

En virtud de lo anterior, se declaró cerrada la etapa probatoria y de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se prescindió de la audiencia de Alegaciones y Juzgamiento y se dispuso correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión por el término común de diez (10) días⁷. El audio y video de las audiencias realizadas por el Despacho, se encuentran grabados conforme el artículo 183 ibídem.

⁵ Folios 100 a 102 del expediente.

⁶ Folios 100 a 102 del expediente.

⁷ Folios 152 a 153 del expediente.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00008-00

3.2. Problema jurídico planteado:

El litigio se contrae a determinar sí, hay lugar a declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 2432 del 27 de agosto de 2007, expedida por la Secretaria de Educación del **Departamento del Valle del Cauca** y; en consecuencia debe establecerse si la señora **Paula Rosalía Hurtado Moreno** tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de los factores salariales devengados durante su último año de servicios, esto es, en el periodo comprendido entre el 07 de abril de 2015 al 07 de abril de 2016, a saber los factores de: prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad y prima de vacaciones.

3.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso:

3.3.1.- Régimen aplicable a los Docentes:

El Decreto Ley 2277 de 1979, estableció un régimen especial para el desempeño de la profesión docente; sin embargo, dicha normatividad no reguló las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos.

Posteriormente, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en su artículo 2º, estableció que la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirían las obligaciones prestacionales con el personal docente nacional o nacionalizado, las cuales serían canceladas a través dicho fondo.

A su turno, el artículo 15 de la norma en cita, dispuso que las prestaciones económicas y sociales del personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990 estarían reguladas por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, esto es, a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que fueran expedidos a futuro; no obstante, con relación a las prestaciones de los docentes nacionalizados⁸ que figuraban vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, estableció que éstos seguirían con el régimen prestacional que se les venía aplicando en cada entidad territorial.

De igual forma, la Ley 60 de 1993 dispuso en su artículo 6º que: *"...El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial..."*.

Teniendo en cuenta lo anterior, y de acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", en la Sentencia del 07 de julio de 2011,

⁸ De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 91 de 1989, son docentes nacionalizados aquellos que fueron vinculados por nombramiento de una entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 43 de 1975.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00008-00

Radicación No: 15001-23-31-000-2003-01174-01(1829-10), Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, es del caso concluir que si bien la normatividad en mención no estableció un régimen para el reconocimiento y liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes, lo cierto es que, la norma aplicable con relación a dicha prestación, es la Ley 33 de 1985, por ser esta última la regulación general en materia pensional aplicable para los empleados del sector público nacional, y a la que hace remisión expresa el literal a) del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989⁹.

Por otro lado, es importante indicar que al expedir el régimen general de seguridad social (Ley 100 de 1993), el Legislador excluyó de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁰, motivo por el cual, es menester inferir que la pensión del personal docente sigue bajo el imperio del régimen legal anterior, esto es, la Ley 33 de 1985.

Así mismo, se tiene que la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, estableció que el régimen prestacional de los docentes estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en dicha normatividad.

No obstante lo anterior, con la expedición de la Ley 812 de 2003, se estableció un nuevo régimen prestacional para los docentes oficiales, dejándose incólume los preceptos establecidos al respecto en la Ley 91 de 1989 para quienes venían afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la norma en cita, esto es, el 27 de junio de 2003¹¹.

⁹ En dicha oportunidad, se expuso: *"Si bien es cierto el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional. Tampoco es cierto que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 tengan un régimen especial de pensiones pues la Ley 91 de 1989 sólo se refirió al régimen prestacional que venían disfrutando en cada ente territorial pero en ningún momento estableció requisitos pensionales diferentes a los establecidos en las normas de carácter general vigentes que, en este caso, es la Ley 33 de 1985 dado que la actora no se encontraba dentro del régimen de transición previsto por dicha normatividad para acceder al derecho conforme a lo dispuesto en la norma anterior, ello es la Ley 6 de 1945"*

¹⁰ Ley 100 de 1993: Artículo 279: *"El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)"* (Subrayas del texto original).

¹¹ Tal como se desprende del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y del parágrafo transitorio del Acto Legislativo 001 de 2005, el cual dispone lo siguiente: *"El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el 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"*.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00008-00

Así las cosas, se tiene que el inciso 2º del artículo 81 de la Ley 812 del 2003 prescribió que, el régimen aplicable en materia pensional para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales después de su entrada en vigencia, sería el de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos establecidos en él, excepto el correspondiente al de la edad de pensión, que será de 57 años para hombres y mujeres.

Tomando como marco de reflexión lo expuesto en precedencia, y teniendo en cuenta que para el caso objeto de debate resultan aplicables las disposiciones establecidas en la Ley 33 de 1985, como quiera que la demandante fue vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003¹², es del caso analizar los preceptos allí establecidos, en cuanto a la forma en que debe liquidarse la pensión de quienes se encuentran amparados por dicho régimen.

3.2.2.- Régimen de pensión contenido en la Ley 33 de 1985:

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: *"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"*.

Ahora bien, respecto a los factores salariales, el artículo 3º de la misma norma, el cual fue modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, consagró que la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica ascensional, y de capacitación, los dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario; no obstante, se tiene que la norma en mención generó dos interpretaciones jurisprudenciales diferentes, en donde la primera de ellas, le atribuyó un carácter taxativo al listado de factores, mientras que la segunda, sostiene que éste tiene un carácter enunciativo, por lo que al momento de liquidarse la pensión de jubilación de un servidor público, se deben tener en cuenta la totalidad de los emolumentos que devengó.

En atención a las interpretaciones previamente citadas, en el año 2010, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia fechada el 04 de agosto de 2010¹³, consideró que las pensiones que se regulan por las Leyes 33 y 62 de 1985, deben liquidarse incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios; ya que en las referidas preceptivas éstos no se enlistaron de manera taxativa, y que en una correcta interpretación de las citadas disposiciones, es menester incluir todas las sumas que constituyen salario y

¹² Según se desprende de la parte considerativa del acto administrativo acusado, folio 8 del plenario.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de agosto de dos mil diez (2010), Radicación No: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00008-00

que fueron percibidas por el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, y siempre y cuando las mismas no cubran riesgos o infortunios a los que el trabajador puede verse enfrentado.

Atendiendo la línea jurisprudencial antes referida, esta operadora judicial profirió diversas sentencias en las cuales se ordenó el reajuste de las pensiones reconocidas a favor de los docentes, en aplicación de las Leyes 33 y 62 de 1989, teniendo en cuenta en el ingreso base de liquidación, todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en que se adquirió el status de pensionado o la fecha de retiro del servicio; con la salvedad de que, al momento de efectuarse una reliquidación en dicho sentido, la administración debía realizar previamente las deducciones de los descuentos que por aportes dejaron de efectuarse respecto a dichos emolumentos.

No obstante lo anterior y como quiera que el anterior criterio fue relevado por el nuevo pronunciamiento dado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación fechada el 28 de agosto de 2018¹⁴, en donde se dispuso que los factores salariales que deben incluirse en el ingreso base de liquidación son los enlistados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, el Despacho procederá a resolver el asunto materia de litigio, bajo el imperio de la segunda subregla planteada en dicha providencia, la cual consiste en tener en cuenta sólo aquellos emolumentos sobre los que se hayan efectuado aportes o cotizaciones a pensiones y que se encuentren enlistados en las normas señaladas, teniendo en cuenta que esa fue la voluntad del legislador, amén de que, dicha interpretación se ajusta al precepto contenido en el artículo 48 Constitucional.

Si alguna duda hubiere al respecto, es del caso señalar lo que de manera literal refirió en dicha oportunidad el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

*"101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios", con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración **enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.***

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 28 de agosto de 2018, Radicación No: 52001-23-33-000-2012-00143-01 Consejero Ponente: Dr. Cesar Palomino Cortes.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00008-00

finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe al Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia. (...)" (Subrayas y negrillas del Despacho).

Por otro lado, resulta importante precisar que en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018¹⁵, al hacerse referencia a los efectos de la decisión, se indicó que la misma tiene carácter vinculante, por emanar del Consejo de Estado, el cual es un órgano de cierre diseñado para la unificación de la jurisprudencia, por lo se indicó que su contenido y las reglas que se exponen, son de **carácter vinculante y obligatorio**; así mismo, se ordenó su aplicación para los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo los casos en los cuales ha operado la cosa juzgada.

En este punto es menester resaltar, que la anterior posición jurisprudencial fue adoptada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, tal como se desprende de la sentencia fechada el 18 de octubre de 2018, proferida por la Magistrada doctora Luz Elena Sierra Valencia, dentro del proceso radicado bajo el No. 76001-33-33-001-2015-00410-01.

Ahora bien, frente a inclusión o no de factores salariales reconocidos desde el nivel territorial o extralegales, es del caso señalar que el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política de 1991, al igual que el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, son claros en señalar que las corporaciones públicas territoriales de elección popular carecen de competencia para expedir actos administrativos creadores de factores salariales y prestacionales de los empleados públicos, toda vez que esa es una atribución exclusiva del Congreso de la República y del Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias¹⁶.

A partir de lo anterior, es claro entonces que, no es posible aplicar a la liquidación de la pensión factores salariales extralegales, pues se desconocerían preceptos de la carta magna que distribuyen la competencia sobre el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre los diferentes entes territoriales y nacionales, vulnerando el principio de unidad nacional consagrado en el preámbulo y en el artículo primero de la Constitución Política. Así las cosas, es menester concluir que, en casos como el presente, se deben tener en cuenta sólo aquellos factores que estén enlistados en la Ley 33 de 1985 y sobre los cuales se hubieren efectuado las respectivas cotizaciones para pensión.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 28 de agosto de 2018, Radicación No: 52001-23-33-000-2012-00143-01 Consejero Ponente: Dr. Cesar Palomino Cortes.

¹⁶ Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencias del 31 de julio de 2008, expediente 0218-08, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; del 4 de septiembre de 2008, expediente 2004-05337-02, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, y del 26 de julio de 2012, expediente: 05001-23-31-000-2005-00971-01(1865-11), C.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, indicó que: "...las Corporaciones Públicas de elección popular carecen de competencia para expedir actos administrativos creadores de factores salariales y prestacionales de los empleados públicos, porque esa es una atribución exclusiva del Congreso de la República y del Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias, toda vez que así lo disponía expresamente el artículo 76 de la Constitución Política de 1886 y lo señala el 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política de 1991 que hoy nos rige, al igual que el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992".

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00008-00

3.4. Análisis probatorio y resolución del caso concreto:

De acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que la señora **Paula Rosalia Hurtado Moreno** ingresó a laborar como educadora al servicio del **Departamento del Valle del Cauca**, desde el 16 de enero de 1980, tal como se desprende de lo expuesto en la parte considerativa de la Resolución No. 1961 del 26 de julio de 2006, por medio de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a su favor¹⁷.

Una vez revisado el libelo introductorio, se observa que la demandante pretende la reliquidación de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro definitivo del servicio, a saber entre el 07 de abril de 2015 al 07 de abril de 2016, los cuales corresponden a: prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad y prima de vacaciones.

En este sentido, se tiene que según el certificado de salarios expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ante el Departamento del Valle del Cauca, durante el año anterior a la fecha de retiro del servicio (07 de abril de 2015 al 07 de abril de 2016¹⁸) la demandante percibió como factores los siguientes: asignación adicional de coordinador (sobresueldo), asignación básica, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de escalafón y prima de clima.

Ahora bien, revisada la Resolución No. 2432 del 27 de agosto de 2007¹⁹, por medio de la cual la entidad accionada ajustó la pensión de jubilación de la demandante, se evidencia que para su liquidación se tuvo en cuenta la asignación básica y el sobresueldo como factores salariales.

No obstante lo anterior y, como quiera que la parte actora pretende el reajuste de su pensión de jubilación con inclusión de los factores de prima de vacaciones y prima de navidad, los cuales devengó durante el año anterior a la fecha en que se retiró de manera definitiva del servicio, tal como se desprende del certificado de salarios visible a folio 10 del expediente, esta juzgadora considera que, en aplicación de lo dispuesto por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de unificación fechada el 28 de agosto de 2018²⁰, no hay lugar a ordenar la inclusión de dichos factores, toda vez que estos no se encuentran enlistados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Aunado a lo anterior, de la revisión del plenario, se observa que la apoderada judicial de la parte actora no acreditó que la señora **Paula Rosalia Hurtado Moreno**, haya realizado aportes o cotizaciones al sistema pensional sobre los factores de prima de navidad y prima de vacaciones para efectos de proceder a su inclusión como elementos salariales en la liquidación de la mesada pensional, tal como lo prevé el artículo 48 de la Constitución Política, en concordancia con lo previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985, pues como se expuso previamente, en los

¹⁷ Folios 129 a 131 del expediente.

¹⁸ Folios 10 del expediente.

¹⁹ Folios 3 a 5 del expediente.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 28 de agosto de 2018, Radicación No: 52001-23-33-000-2012-00143-01 Consejero Ponente: Dr. Cesar Palomino Cortes.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00008-00

términos del constituyente y del legislador, para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales se hubiere efectuado cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

Por otro lado, frente a la prima de clima devengada por la demandante durante su último año de prestación de servicios, es menester indicar que el Consejo de Estado en providencia fechada el 09 de abril de 2014²¹, precisó que dicho factor debe ser excluido de la liquidación de la pensión del personal docente, como quiera que su pago no remunera el trabajo en sí mismo sino que busca amparar al trabajador de los riesgos que se puedan originar en el desempeño de sus funciones en lugares donde el clima resulta ser insalubre, motivo por el cual esta juzgadora considera que en el presente asunto no hay lugar a ordenar la inclusión de dicha prima en el ingreso base de liquidación de su mesada pensional, por ser considerada una prestación social y no salarial, la cual no guarda relación directa ni con el cargo ni con las funciones o calidades profesionales del beneficiario de la prestación; aunado al hecho de no encontrarse enlistada en la Ley 62 de 1985.

En lo que corresponde al emolumento de prima de escalafón, debe decirse que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia fechada el 1º de diciembre de 2005²² precisó, que éste es un beneficio que no opera para los docentes nacionalizados (territoriales), por haberse dispuesto expresamente en el Decreto 524 de 1975; norma que al ordenar su creación, advirtió que el mismo sería reconocido exclusivamente a los docentes nacionales, no siendo este el caso de la demandante, quien conforme fue determinado en la Resolución No. 2432 del 27 de agosto de 2007, obrante a folios 3 a 5 del plenario, detenta la calidad de docente nacionalizada; amén de que, tal emolumento tampoco se encuentra enlistando en las normas que rigen la materia (Ley 33 y 62 1985).

A partir de lo expuesto previamente y, como quiera que la demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, los cuales corresponden a: prima de clima, prima de escalafón, prima de navidad y prima de vacaciones, se procederá a denegar las pretensiones de la demanda.

En este sentido, no se emitirá ningún pronunciamiento respecto de la excepción de prescripción formulada por la apoderada judicial de la entidad accionada, **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, al momento de contestar la demanda de la referencia y, se procederá a declarar probadas las excepciones denominadas: *"inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley y cobro de lo no debido"*.

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación No. 15001-23-31-000-2009-00384-01 (3058-13), actor: Aura Nelly Malagon de Torres, Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

²² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Magistrada Ponente: Doctora Amparo Oviedo Pinto, Expediente: No. 2004 – 05788, Sentencia del 1 de diciembre de 2005.

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00008-00

Finalmente, es del caso señalar que será aceptada la renuncia al poder presentada por el Dr. **Alvaró Enrique del Valle Amarís**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.242.748 y Tarjeta Profesional No. 148.968 del Consejo Superior de la Judicatura, del poder otorgado por el **Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG** y por la **Fiduprevisora S.A.**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del C.G.P. y, en atención al memorial obrante a folios 156 a 157 del expediente.

3.5. De las costas y agencias en derecho:

El Despacho advierte que si bien la Ley 1437 de 2011 en el artículo 188, consagra un criterio objetivo, respecto de la condena en costas, lo que significa que habrá de condenarse a la *"parte vencida en el proceso"* a su pago, lo cierto es que este criterio no puede considerarse como absoluto, en razón a que el precitado artículo dispone que para su liquidación y ejecución se deben observar las reglas previstas en el estatuto procesal civil y, en este sentido el artículo 365 del Código General del Proceso, prevé en su numeral 8º que: *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Criterio que viene siendo el acogido por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, pues en providencia fechada el 09 de agosto de 2016²³, precisó que el estudio íntegro de las normas contenidas en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, descartaban una apreciación objetiva respecto de la condena en costas, por el simple hecho de resultar vencido en el proceso.

Lo anterior fue secundado y además complementado por dicha Corporación en providencia del 17 de octubre de 2017²⁴, al disponerse que la imposición de la condena en costas por parte del Juez Contencioso Administrativo, *"...debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, **tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; **descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.**"* (Negrilla y subrayado del Despacho).

En virtud de lo anterior y a partir de la revisión de la totalidad del expediente de la referencia, se pudo determinar que, si bien se causaron unos gastos procesales, lo cierto es que no se encontró una actuación que obrara en desmedro del trámite normal de la presente Litis, motivo por el cual, el Despacho deberá abstenerse de emitir una condena en este sentido.

Tal posición también se asume, teniendo en cuenta los recientes cambios jurisprudenciales que se han presentado frente a la materia.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC), Actor: Andrea Yolima Torres Lizarazo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17).

Radicado No. 76001-33-33-009-2017-00008-00

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas: "*inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y cobro de lo no debido*", alegadas por la entidad accionada, **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS.

CUARTO: ACEPTAR la renuncia de poder presentada por el Dr. **Alvaró Enrique del Valle Amarís**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.242.748 y Tarjeta Profesional No. 148.968 del Consejo Superior de la Judicatura, al poder otorgado por el **Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG** y por la **Fiduprevisora S.A.**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del C.G.P. de conformidad con la parte motiva.

QUINTO: EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previo a las anotaciones en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MIRFELLY ROCÍO VELANDÍA BERMEO
Juez