

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Teniendo en cuenta lo ordenado en el numeral 2º del artículo 182 del C.P.A.C.A., en la fecha, se procede por parte de este Despacho a dictar sentencia por escrito dentro del presente asunto:

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**DEMANDANTE: LURY DIAZ MARIN**

**DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**

**RADICACIÓN: 76001-33-33-003-2015-00424-00**

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No.: 168**

**ANTECEDENTES.**

**1. LA DEMANDA.**

Mediante la demanda se solicita que se provea a estas declaraciones:

*“1. Se Declare la Anulación en todas sus partes del Acto Administrativo Presunto de Carácter Negativo que Surge como Consecuencia de la Omisión Resolver una Solicitud de Incremento Pensional por Inclusión de Nuevos Factores Salariales presentada el día 06 de Febrero del año 2015.*

*2. En calidad de Restablecimiento del Derecho se ordene el Reconocimiento y pago de un Ajuste Pensional por Inclusión de Nuevos Factores Constitutivos de Salarios tales como: la Prima de Antigüedad, Navidad, Vacaciones y la de Servicios, los cuales no se incluyeron dentro de la Base de Liquidación de la Pensión.*

*3. Actualizar los valores reconocidos de conformidad con los Art. 192 y Siguintes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”*

**1.2. HECHOS Y OMISIONES.**

Son los que el Despacho sintetiza de la siguiente manera:

1.2.1 Mediante la Resolución No. 066 del 16 de enero de 1995, le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación a favor de la señora LURY DIAZ MARIN.

1.2.2. El Municipio de Santiago de Cali mediante el Decreto No. 0216 del 18 de febrero de 1991, fijó las prestaciones sociales y los beneficios laborales a favor de los empleados públicos de la administración central, entre las cuales, ordenó el pago de las primas extralegales de servicio y de antigüedad.

1.2.3. Con posterioridad la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali, reconoció en favor de la señora LURY DIAZ MARIN las denominadas primas extra legales.

1.2.4. Mediante petición del 6 de febrero de 2015, la hoy demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de nuevos factores salariales, para lo cual se argumenta que la educadora laboró hasta el 30 de junio de 2009; petición que a la fecha no ha sido resuelta.

### **1.3. NORMAS VIOLADAS.**

Como tal se señalaron:

- Legales: Artículo 1° Ley 33 de 1985 y Ley 91 de 1989.

### **1.4. CONCEPTO DE VIOLACION.**

Advirtió la parte demandante que el régimen prestacional aplicable a los servidores públicos no es otro diferente al señalado por la Ley 33 de 1985; que en desarrollo a dicha normatividad el día 4 de agosto de 2010, el H. Consejo de Estado profirió sentencia de unificación en lo que respecta a la liquidación de las mesadas pensionales a las que tiene derecho los servidores públicos.

Agregó que, en igual forma se determina que la base de liquidación debe estar comprendida por todas aquellas sumas de dinero que periódica y habitualmente percibe el trabajador como una contra prestación a los servicios prestados durante el año inmediatamente anterior a la causación del derecho.

Aludió a que la demandante para la fecha del retiro definitivo del servicio, percibió la prima de antigüedad, prima de navidad, prima de vacaciones y la prima de servicios, las cuales no fueron incluidas dentro de la base de liquidación.

### **1.4. TRÁMITE PROCESAL.**

La demanda fue admitida mediante auto interlocutorio No. 148 el cual fue notificado por estados el 9 de marzo de 2016 (fls. 18-19); igualmente mediante dicha providencia se ordenó la vinculación del Municipio de Santiago de Cali, se notificó en debida forma a las partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 21-27).

Dentro del término legal, la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a través de su apoderada judicial contestó la demanda (fls. 34-39), manifestando que la Ley 91

de 1989 establece en el párrafo del artículo 1º que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad; de igual manera el artículo 2º del Decreto 3752 de 2003, indica 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 se encuentra obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realizaba aportes el docente.

Por otro lado, el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, estableció que el empleado oficial que sirva 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. La citada norma establece una excepción en relación con los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia de dicha Ley, hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, a los cuales se les continuara aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la vigencia de la citada norma, adicionalmente, la Ley 33 de 1985, derogó los artículos 20 y 27 del Decreto 3136 de 1968 y las demás disposiciones que le fueran contrarias.

Agregó que para ser beneficiario de la excepción y en consecuencia quedar sujeto a las normatividad anterior a la Ley 33 de 1985, era necesario en esa fecha haber cumplido 15 años de servicio y de otra parte la excepción solo comprendía lo relacionado con la edad de jubilación, de lo cual se desprende que lo relacionado con los factores salariales no queda comprendido dentro de la excepción.

Por lo anterior indica, que no le asiste derecho a la demandante en relación con la normatividad que invoca, como quiera que ha sido objeto de varias modificaciones hasta llegar a la Ley 33 de 1985, la cual establece que solo podrán ser tenidos en cuenta los factores que hayan servido de base para aportes durante el último año de servicio; que según el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el cual establece que los docentes nacionalizados que figuren vinculados al 31 de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen prestacional del que han venido gozando y para el caso de los nacionales, indica que se les aplicara el mismo régimen de los empleados públicos del orden nacional; de acuerdo con lo expuesto debe entenderse que el régimen aplicable anterior a la Ley 91 de 1989 era la Ley 33 de 1985, por lo que se concluye que solo pueden tenerse en cuenta los factores sobre los cuales se hayan efectuado aportes a pensión.

Propuso como excepciones las siguientes:

- **FALTA DE LEGITIMACION POR PASIVA:** Fundamentada en que el acto administrativo demandado no fue expedido por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que además es una cuenta especial de la Nación si personería jurídica, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos tiene el propósito de pagar las prestaciones que la entidades territoriales reconozcan a su planta de docentes,

por lo tanto el acto administrativo que reconoce la prestación o resuelve la petición en relación con las misma, contiene la voluntad de la Secretaria de Educación Territorial y no de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- **INEPTITUD DE LA DEMANDA:** Sustentada en el hecho, de que la parte actora solo demando el acto administrativo que le negó la inclusión de los factores solicitados y no demando el acto administrativo que reconoce la prestación por lo cual se configura la inepta demanda.
- **PRESCRIPCION:** Sin que implique reconocimiento de derecho alguno, solicita se tenga en cuenta que los derechos emanados de las acciones laborales prescriben a los tres (3) años, que se deben contar desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CON FUNDAMENTO EN LA LEY:** Se fundamenta en el hecho, que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio efectuó el reconocimiento de la prestación con base en el ordenamiento jurídico existente y por lo tanto el monto de la prestación se obtuvo teniendo en cuenta los factores autorizados de conformidad con las normas del orden constitucional.
- **GENERICA:** Solicita de declaren todos aquellos hechos exceptivos que aparezcan probados en el proceso y favorezcan a la entidad demandada.

Por su parte la Fiduprevisora durante el término legal para dar contestación a la demanda, a través de su apoderada judicial dio respuesta a la misma (fls. 48-50), manifestando que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, consistente en un patrimonio autónomo sin personería jurídica y sus recursos no forman parte del patrimonio de la Sociedad Fiduciaria la Previsora S.A., como quiera que esta actúa como administradora de dichos recursos en virtud de un contrato de fiducia mercantil celebrado con la Nación.

La Fiduciaria la Previsora, es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales y por normas de comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero como el Estatuto de la Contratación de la Administración Publica, al igual que las disposiciones que modifiquen, sustituyan, adicionen o reglamenten a las anteriores detalladas y no el reconocimiento de derechos sociales de carácter prestacional.

De otro lado, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2831 de 2005, las Secretarías de Educación son las competentes en primera instancia del trámite de las prestaciones económicas para los docentes ya que expiden, reciben, radican y suscriben el acto administrativo de reconocimiento y lo remiten a la sociedad fiduciaria para efectos del respectivo pago; es decir que la entidad competente

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LURY DIAZ MARIN

DEMANDADO: NACION – MINEDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

RADICACIÓN: 76001-33-33-003-2015-00424-00

para expedir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación es la entidad territorial a cuya planta pertenece el docente.

Propuso como excepciones las siguientes:

- **FALTA DE LEGITIMACION POR PASIVA:** Fundamentada en que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación si personería jurídica y sus recursos no forman parte del patrimonio de la Sociedad Fiduciaria la Previsora S.A., como quiera que esta actúa como administradora de dichos recursos en virtud de un contrato de fiducia mercantil celebrado con la Nación, por lo tanto dicha entidad no está llamada a responder patrimonialmente por la reliquidación pensional y la inclusión de los factores salariales pretendidos.

De igual forma el Municipio de Santiago de Cali durante el término legal para dar contestación a la demanda, a través de su apoderado judicial dio respuesta a la misma (fls. 67-72) manifestando que la revisar la resolución por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la señora LURY DIAZ, se pudo constatar que la demandante solicitó el reconocimiento y pago de ajuste pensional con base en la inclusión de factores salariales extralegales reconocidos por el Decreto Municipal 0216 de 1991, como lo son la prima de antigüedad y de servicios; igualmente se confirmó que se le reconoció a la parte actora el status de jubilación y por ende su mesada debe ser el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios anteriores a la fecha del status, de acuerdo a las normas aplicables, siendo la Ley 91 de 1989, Ley 6ª de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, Decreto 3135 de 1968 y 1848 de 1969; que conforme a lo establecido en el manual de actas unificadas de factores salariales la prima de servicios y de antigüedad no son factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión.

Por todo lo anterior considera, que la liquidación que se hizo de los factores salariales con fundamentos en las certificaciones enviadas para tal fin y que sirvieron de base para calcular el ingreso base de liquidación se encuentran ajustadas a derecho.

Paso seguido la entidad vinculada Municipio de Santiago de Cali, realizó un acopio normativo del cual se desprenden las competencias del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para concluir que la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali no puede modificar, extinguir o crear situación jurídica alguna en lo que corresponde a las prestaciones sociales de los docentes que afecte al actor, sin la previa aprobación de la Fiduciaria – Fiduprevisora S.A., de no cumplir con dicho requisito las resoluciones que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio carecerá de efectos legales y no prestara merito ejecutivo y el funcionario tendrá que responder administrativa, disciplinaria, fiscal y penal.

De otro lado, la Fiduprevisora S.A. es una entidad totalmente independiente de la Secretaría de Educación, quien solo se encarga de proyectar los actos administrativos de reconocimiento o negación de las prestaciones sociales, conforme lo establecido en el artículo 3º numeral 3º del Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005, a su turno la Fiduprevisora S.A. revisa, aprueba y es la encargada de programar los pagos respectivos a la luz de la normatividad anunciada.

Propuso como excepciones las siguientes:

- **CARENCIA DE DERECHO SUSTANCIAL:** Fundamentada en que la parte actora no le asiste derecho, en el entendido que ninguna norma de orden constitucional o legal fundamenta su solicitud.
- **INNOMINADA:** Solicita de declaren todos aquellos hechos exceptivos que aparezcan probados en el proceso y favorezcan a la entidad demandada.
- **INEPTA DEMANDA:** Se funda en el hecho, que la parte demandante solicita la revisión de la pensión de jubilación, la cual no modifica, extingue o crea una situación jurídica a la parte actora, por lo tanto no puede ser enjuiciable ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

#### 1.5.1. DE LA AUDIENCIA INICIAL<sup>1</sup> – ART. 180 C.P.A.C.A.

El día 10 de octubre de 2016 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. En dicha diligencia se procedió a realizar el saneamiento del proceso y resolver sobre las excepciones previas propuestas (falta de legitimación, ineptitud de la demanda).

Paso seguido se fijó el litigio circunscribiéndose a establecer si se ha configurado el silencio administrativo y por ende, si es procedente declarar la nulidad del acto administrativo presunto de carácter negativo que surgió como consecuencia de la omisión para resolver una solicitud de incremento pensional por la inclusión de nuevos factores salariales, respecto de la solicitud presentada el 06 de febrero de 2015; en caso positivo decretar el correspondiente restablecimiento del derecho, ordenando al extremo pasivo el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de jubilación de la parte demandante con la inclusión de nuevos factores salariales devengados en el último año de servicios, constitutivo de: primas de antigüedad, navidad, vacaciones y la de servicios, los cuales no se incluyeron. Actualizar los valores reconocidos de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A.; además se intentó la conciliación, declarándose fallida.

Igualmente se decretaron y se tuvieron como pruebas los documentos aportados por el demandante (fls. 1-19), por parte de la entidad demanda los aportados con la contestación de la demanda (fls. 32-33 y 41), documentos que fueron relacionados al folio 46 vuelto del expediente.

---

<sup>1</sup> Folios 95-98.

### **1.5.2. ALEGATOS DE CONCLUSION.**

No habiendo pruebas que practicar, de conformidad con el artículo 179 del CPACA, se ordenó prescindir de la segunda etapa de “AUDIENCIA DE PRUEBAS” y se constituyó el Despacho en “AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO”.

Igualmente con fundamento en los numerales 1° y 2° del artículo 182 ibídem, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, interviniendo los apoderados de las partes, ratificándose en los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación, según quedó registrado en CD que obra a folio 115 del informativo.

Posteriormente se indicó el sentido del fallo, concluyendo que Despacho, que la señora LURY DIAZ MARIN no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación incluyéndole todos los factores salariales devengados en el último años de servicios, ello en atención a que en el acto administrativo Resolución No. 066 de enero 16 de 1995, a través del cual se le reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación, se vislumbra que le fueron incluidos la asignación básica mensual, auxilio de alimentación, prima de navidad y prima vacacional, situación que se ajusta a derecho.

Respecto de la inclusión de la prima de servicios y la prima de antigüedad por tratarse de prestaciones extralegales, no es procedente la reliquidación.

## **2. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.**

Se observa que el proceso se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda.

De otra parte se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes en el proceso, particularmente permitiéndoseles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalada por el ordenamiento jurídico.

### **2.1. DECISIÓN DE LAS EXCEPCIONES.**

Los medios exceptivos propuestos por las entidades demandadas - Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Santiago de Cali, a los denominaron FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, INEPTITUD DE LA DEMANDA e INEPTA DEMANDA ya fueron resueltos en la audiencia inicial.

Las restantes, esto es, las excepciones denominadas PRESCRIPCION, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CON FUNDAMENTO EN LA LEY, CARENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL e INNOMINADA, no ameritan estudio diferente al que se realizará seguidamente al resolver el mérito del negocio, puesto que su resolución se confunde con la del fondo del asunto.

### 3. CUESTION DE FONDO.

#### 3.1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

El presente caso insta a responder si: ¿Tiene derecho la demandante a que la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL, le reliquide y pague la pensión mensual vitalicia de jubilación con el promedio del 75% de todos los factores devengados en el último año anterior al que adquirió el status jurídico de pensionada, atendiendo a la consideración de que se encontraba vinculada antes de la expedición de la Ley 812 de 2003?

##### 3.1.2. PROBLEMA ASOCIADO.

¿Le asiste derecho a la parte demandante a reclamar la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de los factores extralegales de prima de servicios y antigüedad reconocidos por el Municipio de Santiago de Cali a través del Decreto 0216 del 18 de febrero de 1991 y devengados en el último año de prestación de servicios?

#### 3.2. MARCO NORMATIVO.

La Ley 6ª de 1945 estableció para los empleados del sector oficial, la edad de 50 años, hombre o mujer, como requisito para acceder a la pensión ordinaria de jubilación. Como tal disposición no estableció ninguna excepción ni en materia de empleados ni respecto del orden al cual pertenecieran, ha de entenderse incluido el personal docente, lo que se infiere del artículo 17, inciso 2º de dicha Ley:

*“Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación, se liquidarán de acuerdo al promedio de los sueldos devengados durante el último año” (Subrayado del Despacho)*

La Ley 4ª de 1966, contempló normas relacionadas con el monto de la pensión pero no con los requisitos para gozar de ella, esto es, edad y tiempo de servicio, de donde se concluye que en cuanto al primero de los nombrados requisitos continuaba aplicándose la Ley 6ª, es decir, 50 años de edad para hacerse acreedor a la mentada prestación.

El Decreto 3135 de 1968 –aplicable al orden nacional- en su artículo 27, inciso 1º dispuso que, el empleado público o trabajador oficial que sirviera 20 años continuos o discontinuos y llegara a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendría derecho a que la respectiva entidad de previsión le pagara una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio (Derogado en forma expresa por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: LURY DIAZ MARIN  
DEMANDADO: NACION – MINEDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI  
RADICACIÓN: 76001-33-33-003-2015-00424-00

Conforme a lo anterior, es evidente que hasta el año 1968, entratándose del empleado del sector territorial, en materia pensional (comprendido el personal docente) regía la Ley 6ª de 1945, toda vez que la norma citada precedentemente fue expedida para el orden nacional exclusivamente.

Posteriormente fue expedido el Decreto 2277 de 1979 que si bien consagró un régimen especial para los docentes, no reguló la pensión ordinaria de jubilación. En efecto, el artículo 70 de la citada norma estableció: *“Pensión. El reconocimiento y pago de pensiones continuará sujeto al régimen especial vigente en la fecha de expedición de este decreto para los educadores oficiales”*

No obstante, la preceptiva señalada fue declarada inexecutable por el H. Corte Supremo de Justicia en cuyo aparte concerniente expuso:

*“(…) No obstante, estima la Corte que si bien dicho inciso primero resulta inexecutable, no lo es en modo alguno por el hecho de haberse reiterado la mencionada vigencia de las normas en cita, LA CUAL SIGUE INTANGIBLE a todas luces, sino única y exclusivamente porque la ley de facultades otorgada por el congreso al presidente, no comprende en ningún momento la autorización para pronunciarse en materia de pensiones de jubilación respecto del gremio de los maestros tantas veces mencionado”* (Subrayado del Despacho)

El pronunciamiento de la Corte Constitucional evidencia que a la expedición del Decreto referido, continuaba rigiendo en materia pensional para los docentes la Ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario 2767 del mismo año.

Con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, el régimen pensional para los empleados de cualquier orden, incluidos los docentes, estableció como requisito para acceder a la mencionada prestación, veinte (20) años de servicio y la edad de cincuenta y cinco (55) años tanto para el hombre como para la mujer. Previó además que la pensión será equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

De la redacción de la norma ha de entenderse, que la Ley 33 de 1985 cobija a todo empleado oficial sin distinción del orden a que pertenezca:

*“El empleado oficial que sirva o haya servido (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 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”*

Y el parágrafo 2º establece:

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

Como puede verse, el legislador unificó la edad en cincuenta y cinco (55) años, comprendiendo mujeres y hombres, dejando al amparo de la legislación anterior en materia de edad de jubilación, a quienes se encontraran en la situación contemplada en el parágrafo transcrito, esto es, quince años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 33 -13 de febrero de 1985-, según quedó establecido a partir de la declaratoria de inexecutable de la expresión “rige a partir de su sanción y” contenida en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985, realizada a través de la Sentencia C-932 de 2006.

Y el régimen anterior en cuanto a la edad para tener derecho a la pensión de jubilación era el Decreto 3135 de 1968 para empleados del orden nacional y la Ley 6ª de 1945 para empleados del orden territorial.

También están exceptuados de la aplicación de la Ley 33 de 1985, los empleados oficiales que trabajen en “*actividades que por su naturaleza justifique la excepción que la Ley haya determinado expresamente*” y aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones; de igual manera lo están los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia de la ley hubiesen cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación.

La Ley 62 de 1985, en el artículo 1º dispuso:

*“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 la 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 y ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

*En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”* (Subraya del Despacho)

El proceso de implementación de la nacionalización (Ley 43 de 1975), avanzó con la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la Ley 91 de 1989, que se ocupó en su artículo 15 del régimen prestacional:

*“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 registrarán 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.*

## **2. Pensiones:**

*A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.*

*B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional (...)"*

Y dicho régimen, de acuerdo con la normatividad que se ha dejado plasmada, es la de la Ley 33 de 1985 que en cuanto a requisitos para la pensión de jubilación, estableció la edad 55 años, como ya se anotó, o la Ley 6ª de 1945 o el Decreto 3135 de 1968, según el caso, si se encuentra dentro de las previsiones del parágrafo 2° de la citada Ley 33 de 1985.

Acorde con el contenido de la Ley 91 de 1989, las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y demás normas expedidas a futuro. Sobre tal aspecto es necesario precisar que la norma en cita hace especial referencia a la vigencia de las normas que regulan materias prestacionales, lo cual quiere decir que en lo relacionado con la pensión de jubilación no son aplicables los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 ni 73 del Decreto 1848 de 1969 ni menos aún el Decreto 1045 de 1978 en cuanto al monto pensional, toda vez que dichos apartes fueron derogados por la Ley 33 de 1985 y por ende modificados por la Ley 62 del mismo año, siendo éstas últimas normas las que orientan la materia para el personal en mención.

Adicionalmente, con la Ley 60 de 1993 –artículo 6°, inciso 3°-, se reafirma el aspecto de que, para los nacionalizados en materia prestacional, se debe aplicar

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: LURY DIAZ MARIN  
DEMANDADO: NACION – MINEDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO - MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI  
RADICACIÓN: 76001-33-33-003-2015-00424-00

el régimen reconocido en la Ley 91 de 1989, es decir, el que venían gozando en cada entidad territorial.

La Ley 115 de 1994, conocida como la Ley General de la Educación, en el artículo 115 dispuso:

*“Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del estatuto docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley”*

Por su parte, el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”* señala:

*“ARTICULO 36. Régimen de Transición. (...)*

*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (Nota: Las expresiones resaltadas en este inciso, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-168 de 1995, Providencia confirmada en las Sentencias C-058 de 1998 y C-146 de 1998.). “*

La Ley 100 de 1993, en el artículo 279, consagró a quienes excluye en forma expresa, con el siguiente tenor literal:

*“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 a personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel 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 (...)”.*

En resumen, el servidor público que para el 1º de abril de 1994 no hubiese cumplido todos los requisitos para acceder a la pensión y se halle sometido al régimen de transición de que trata el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (que en materia pensional quedó bajo el imperio del régimen legal anterior

en cuanto a edad, tiempo y monto pensionales) tiene derecho a que la liquidación y reconocimiento de su pensión se hagan conforme al régimen pensional anterior al que estaba sometido.

El Decreto 1158 de 1994 reglamentario del Decreto 691 de 1994 que modificó algunas disposiciones de la Ley 100/93, hizo una nueva relación de los factores que constituyen el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos que fueron incorporados a dicho sistema, así:

- a) *La asignación básica mensual;*
- b) *Los gastos de representación;*
- c) *La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) *Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) *La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) *La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) *La bonificación por servicios prestados;*

La Ley 812 de 2003 que aprobó el Plan de Desarrollo 2003 a 2006, reglamentada por el Decreto 3752 del mismo año, distinguió entre el personal docente vinculado con anterioridad a su entrada en vigencia y el vinculado con posterioridad a la misma para ordenar frente a los primeros la permanencia del régimen prestacional establecido en las disposiciones anteriores. El contenido literal de la norma es del siguiente tenor:

*“Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. 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”.*

El citado artículo 81 fue reglamentado, entre otros, por el Decreto 3752 con vigencia a partir del 23 de diciembre de 2003, que en su artículo 3° señaló:

*“Artículo 3°. 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. (...)”.*

El Decreto 2341 del 19 de agosto de 2003 reglamentó la Ley 812 del mismo año ordenando que el Ingreso Base de Cotización de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales sería el establecido por el Decreto 1158 de 1994 y los que lo modifiquen o adicionen.

Posteriormente, el Acto Legislativo 1 de 2005, en relación con el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, precisó en el párrafo transitorio 1° del artículo 1° lo siguiente:

*“Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:*

*(...)*

*Parágrafo transitorio 1°. 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 ésta. 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”.*

Debe precisarse, que la vigencia del Decreto 3752 de 2003 se prolongó solo hasta el día 25 de julio de 2007 al haber sido derogada expresamente por la Ley 1151, lo que implicaría la aplicación del régimen pensional anterior a su vigencia, esto es, el establecido por la Ley 62 de 1985.

De todo lo expuesto pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. El reconocimiento, liquidación y pago de la pensión ordinaria de jubilación para el ramo docente no posee una reglamentación especial, por ende, se rige por las normas que en materia pensional sean expedidas para el sector oficial.
2. En materia pensional, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 contemplaron la liquidación de las pensiones sobre el 75% de lo devengado por todo concepto. Esta disposición fue posteriormente modificada por las Leyes 33 y 62 de 1985, las cuales enunciaron los factores salariales respecto de los cuales debían ser incluidos para la liquidación, pero haciendo la salvedad que las pensiones no podrán ser inferiores a la base de cotización sobre la cual se realizan los aportes. En este punto precisa el Despacho que los factores salariales sobre los cuales debe cotizarse para pensiones, y por ende, respecto de los cuales ésta debe ser calculada, corresponden a los fijados por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y la Ley 62 de 1985, pero, en todo caso, el monto de la pensión deberá incluir la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la consolidación del status de pensionado, con independencia que se hubieran efectuado las cotizaciones o no. Lo anterior como quiera que los factores referidos en las normas enunciadas, no tienen el carácter taxativo sino simplemente enunciativo, y por ende debe partirse de la base del concepto de salario entendido como toda retribución percibida por el empleado de manera habitual y periódica como retribución directa por los servicios prestados.

Este es el alcance de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA – Exp. 0112-2009-, en el que al UNIFICAR el criterio frente a los factores

salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, varió las diversas posiciones que se habían adoptado frente al tema por parte de las Subsecciones “A” y “B” de la Sección Segunda, estableciendo que la relación de factores que consagra la Ley 33 de 1985 NO ES TAXATIVA sino eminentemente ENUNCIATIVA, y por ende, en aras de respetar los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, *“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 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”*. Consagrando como única excepción las sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

### **3.3. APLICACIÓN DE LA SENTENCIA SU-230 DE 2015 AL SECTOR DOCENTE.**

A partir de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, la sección segunda del H. Consejo de Estado ha venido reiterando en diversas sentencias que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985, debe tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3° de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. Así por ejemplo, en sentencia del 26 de agosto de 2010<sup>2</sup> se replica lo dicho en la sentencia de unificación y con base en ello se ordena incluir las primas de vacaciones, alimentación y navidad en la liquidación de una pensión; luego, en sentencia del 25 de noviembre de 2010<sup>3</sup>, se dispone reliquidar la pensión con base en la bonificación semestral y las primas de productividad, navidad y de vacaciones que no habían sido tenidas en cuenta.

Sin embargo, pese a la posición unificada del H. Consejo de Estado en lo que respecta a los factores que deben integrar el ingreso base de liquidación pensional en el marco de la aplicación de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, la Sala Plena de la H. Corte Constitucional en reciente sentencia de unificación SU-230 del 29 de abril de 2015, se ocupó de resolver en sede de revisión una tutela de un servidor público beneficiario del régimen de transición, a quien se le liquidó la pensión tomando como Ingreso Base de Liquidación (IBL) el correspondiente al salario promedio devengado por el trabajador durante los últimos 10 años, aduciendo el accionante que con ello se aplicaron indebidamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incisos 2° y 3°, el artículo 1° de la Ley 33 de

<sup>2</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – subsección B - Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA - veintiséis (26) de agosto de dos mil diez (2010) - Radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159-01(1738-08).

<sup>3</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN- veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010) -Radicación número: 73001-23-31-000-2007-00146-01(0465-09).

1985, 1º de la Ley 62 de 1985, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 y artículos 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969, pues su sentir, la pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio en el que se incluyen todos los factores salariales.

Frente al asunto puesto a su consideración, la H. Corte Constitucional aclaró que “(…) el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca”. (Se subraya por el Despacho).

Para explicar su tesis la Corte aludió a la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el fallo de Constitucionalidad C-258 de 2013, en el que por primera vez analizó el IBL y explicó que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Agregó que, cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a *“monto de la pensión”*, como prerrogativa que se mantiene conforme a las disposiciones legales del régimen anterior, se está refiriendo a la tasa de remplazo o porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación (IBL). A su turno indicó, que cuando el inciso 3º de dicha norma expresamente establece cuál debe ser el IBL, el *“monto”* será el porcentaje aplicable a esa base y será el señalado por la normatividad anterior que rija el caso concreto, es decir, la Ley 33 de 1985. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el *“monto”* de la pensión sino ser parte de la base de liquidación de la misma, serán *“los señalados por la normatividad actual”*, en este caso, el Decreto 1158 de 1994.

Empero, esta interpretación no resulta aplicable en el caso de los docentes, dado que de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 a estos no se aplica el régimen de transición de la Ley 100 de 1993; adicionalmente, los docentes se clasifican en dos (2) grupos:

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.

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 3° del Decreto 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.

De donde resulta, que el ajuste de las pensiones sólo es viable para los docentes vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, con el fin de incluir todos los factores de liquidación contemplados en las normas a ellos aplicables, que se encontraban rigiendo al momento en que entró en vigencia dicha ley.

#### **4. EL CASO CONCRETO.**

Dentro de la foliatura aparecen demostrados los siguientes hechos:

- Copia de la Resolución No. 066 del 16 de enero de 1995, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de la señora LURY DIAZ MARIN (fls.4-6).
- Derecho de petición presentado por el apoderado de la demandante, en el que solicita la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de nuevos factores salariales devengados en el último año de servicios (fl.11).
- Copia del formato único de expedición de certificados salariales de la señora Lury Díaz Marín (fls.7-10).

#### **4.1. ANALISIS DEL CASO.**

Tal y como quedó acreditado, la demandante se encontraba afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio dada su calidad de docente, acorde con lo dispuesto por las Leyes 91 de 1989 y 115 de 1994, circunstancia que la excluye de la aplicación del sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, por lo que su derecho pensional está reglado por las normas anteriores aplicables a los empleados públicos.

Ahora bien, como quiera que la actora adquirió su status pensional el 7 de septiembre de 1994, según se extrae del contenido de la Resolución No. 066 del 16 de enero de 1995 (fls. 4-6), esta es la razón por la cual dicha prestación se encuentra sometida al imperio de la Ley 812 de 2003, norma que de igual forma remite a las disposiciones anteriores que regulan la materia, esto es, a las Leyes 6ª de 1945, Decreto Legislativo 3135 de 1968, Decreto Legislativo 1045 de 1978 y Ley 33 de 1985, según sea el caso.

Al respecto se debe precisar que conforme a lo dispuesto por la Ley 115 de 1994, el régimen prestacional de los educadores estatales es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, por ende, la pensión de jubilación ordinaria para el personal docente, dentro de ellas la reconocida a la demandante, no posee un régimen especial situación por la cual no puede ser excluida de la aplicación de la Ley 33 de 1985 conforme a la excepción traída por su artículo 1º.

Como el punto central en el que gravita la controversia que se plantea con la demanda hace relación a los factores salariales que deben ser incluidos en el cálculo del monto de la pensión, se establece que, acorde con el criterio efectuado por el H. Consejo de Estado en sentencia del 04 de agosto de 2010, a la cual se hizo alusión en precedencia y que este Despacho acoge por no estar en contravía de la reciente interpretación adoptada por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, la definición de tales factores consagrada por el artículo 1º de las Leyes 33 y 62 de 1985, a saber, 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, es eminentemente ENUNCIATIVA, siendo viable incluir como factores determinantes para el cálculo del monto de la pensión, todos aquellos que constituyen salario, esto es, todas las sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios.

Ahora, una vez revisada la Resolución No. 066 del 16 de enero de 1995 expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se le reconoce y ordena el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la señora Lury Díaz Marín, observa el Despacho que la misma se liquidó teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por la demandante en el último año de servicios, estos son: Asignación Básica, Auxilio de Transporte, Auxilio de Alimentación, Prima de Navidad y Prima Vacacional; por lo anterior no es procedente la declaratoria de nulidad del acto ficto presunto negativo producto de la petición realizada el 6 de febrero de 2015.

Finalmente y en lo que respecta a las primas extralegales de servicio y de antigüedad que devengó la demandante en su último año de servicios, las cuales certificó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 9-10), se sabe que fueron reconocidas por el Municipio de Santiago de Cali mediante el

Decreto Municipal 0216 de 1991<sup>4</sup>, vigente a partir del 1° de enero de 1991, tal y como lo indica el artículo 60<sup>5</sup>.

En un caso similar al presente, el H. Consejo de Estado analizó la posibilidad de incluir en la liquidación pensional de la demandante los factores extralegales reconocidos mediante acto territorial por la Alcaldía de Bogotá, en vigencia de la constitución de 1986 correspondientes a: prima de navidad extralegal, prima de antigüedad vacaciones, prima de alto riesgo visual, quinquenio y prima de calor, determinando que su inclusión en la pensión era improcedente por tratarse de factores cuya creación se dio por fuera del marco legal y constitucional de competencias, así, la referida Corporación dispuso<sup>6</sup>:

*“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 territorial<sup>7</sup> con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.*

(...)

**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 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.**

(...)

<sup>4</sup> Por el cual se fijan prestaciones sociales y otros beneficios para empleados públicos de la Administración Central de Santiago de Cali.

<sup>5</sup> El decreto 0216 de 1991 puede ser consultado en la página web de la Alcaldía de Santiago de Cali: [www.cali.gov.co](http://www.cali.gov.co)

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> 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.

**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 fue por fuera del marco legal de competencias.**” (Se resalta por el despacho).

Siguiendo por la misma línea jurisprudencial el H. Consejo de Estado en reciente providencia del 9 de febrero de 2015<sup>8</sup> ratificó lo siguiente:

*“El fundamento del A quo, para la negativa – prima de antigüedad de vacaciones y prima de navidad extralegal - consistió en que estos conceptos fueron creados por Acuerdos o Decretos, expedidos por el Concejo de Bogotá o el Alcalde, en vigencia de la Constitución de 1886, sin que ellos tuvieron competencia para estos efectos. 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 territorial<sup>9</sup> 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 empleados<sup>10</sup>, 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**

<sup>8</sup> Consejo de Estado - Sección Segunda -Subsección “B”, Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON, nueve (9) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación número: 2500002342000201200447 01 (4011-2013).

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

**orden local<sup>11</sup> 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 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.**

(...) Además la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunció respecto a la aplicación de los Decretos 1133<sup>12</sup>, y 1808 de 1994<sup>13</sup> que fueron expedidos por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultades conferidas por la Ley 4ª de 1992, a través de los cuales se fijó el régimen prestacional de los empleados públicos del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas y se

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> "Por el cual se fija el régimen prestacional de los empleados públicos del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas". Artículo 1º. "Las personas que se vinculen al servicio público en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas a partir de la vigencia del presente Decreto y que conforme a las disposiciones vigentes tengan el carácter de empleados públicos, gozarán del régimen prestacional señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público". Artículo 2. "Las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales al Distrito Capital y a sus entidades descentralizadas antes de la vigencia de este Decreto continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando".

<sup>13</sup> "por el cual se modifica el Decreto 1133 del 1 de junio de 1994". Artículo 1. "Las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales al Distrito Capital y a sus entidades descentralizadas antes de la vigencia de este Decreto continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando".

*respetaron los derechos adquiridos de los empleados vinculados con anterioridad a su vigencia, 3 de agosto de 1994, de la siguiente manera:*

(...)

*Esta Corporación en anteriores oportunidades<sup>14</sup> expresó que no puede considerarse que las expresiones “continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando” consagradas en los Decretos 1133 y 1808 de 1994, hubiesen legalizado las prestaciones extralegales que venían siendo reconocidas por acuerdos, decretos distritales y actas de convenio, pues tales actos van en contravía directa de la Constitución y la ley, por haber sido expedidos con carencia absoluta de competencia y, en consecuencia, no originan derechos adquiridos.”* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De las anteriores citas jurisprudenciales se puede extraer con total claridad, que solo hasta antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968, las autoridades territoriales tenían la potestad legal y constitucional de fijar prestaciones para sus empleados, sin embargo, con posterioridad a tal año esta potestad quedó en cabeza del Congreso o el legislador extraordinario, situación que se mantuvo en vigencia de las Constituciones Políticas de 1986 y 1991.

Así, para determinar si una prestación extralegal reconocida por una entidad territorial puede o no ser incluida como factor salarial en la liquidación pensional, debe establecerse si aquella efectivamente fue reconocida bajo el marco de competencias legales y constitucionales del ente territorial, el cual se repite, se mantuvo solo hasta el año 1968.

En los anteriores términos solo podrá incluirse dicho emolumento en la liquidación pensional si la disposición territorial que lo creó fue expedida con anterioridad al año 1968 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 mismo 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, y analizando el caso concreto, tenemos que la disposición territorial que reconoció las primas extralegales de servicio y antigüedad a la demandante, valga decir, el Decreto 0216 del 18 de febrero 1991, fue expedida con posterioridad al año 1968, esto es, en vigencia de la Constitución Política de 1986 y por ende, sin tener competencia el Municipio de Santiago de Cali para ello, ya que la misma radicaba en cabeza del Congreso, razón por la

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de diecinueve de mayo de dos mil cinco, Consejero Ponente Jesús María Lemus Bustamante, Radicación número: 11001-03-25-000-2002-0211-01(4396-02), Actor: Luis Eduardo Cruz Porras.

cual no tendría sentido, ni se ajustaría a la lógica de lo razonable, que si en esa materia, no tienen competencia autoridades territoriales, dada la prevalencia del principio de unidad nacional, dichos factores salariales extralegales, contrarios al ordenamiento jurídico, pudieran tener incidencia en la determinación de otras prestaciones, como la pensión, validando situaciones que son claramente inconstitucionales desde su origen. Además, se debe tener en cuenta que no es dable invocar derechos adquiridos con prerrogativas cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal.

De suerte que, la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado permanece incólume, no siendo posible efectuar su nulidad, en atención a que los factores de prima de servicio y antigüedad devengados por la demandante y cuya inclusión se pretende en la respectiva liquidación pensional, son de origen extralegal y reconocidos por el Municipio de Santiago de Cali sin poseer competencia para ello, siendo necesario entonces negar las pretensiones de la demanda.

#### 5. CONDENA EN COSTAS.

No hay lugar al pago de costas por parte de la parte vencida en juicio, en el entendido que no apareció probada su causación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G. del P.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

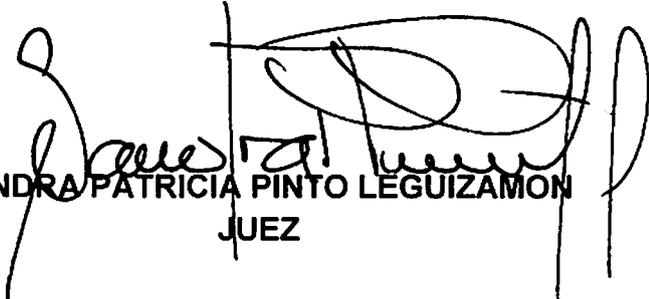
#### F A L L A:

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** No hay lugar a condena en costas.

**TERCERO: ORDÉNAR** la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso le pudieran corresponder a la parte actora y en firme la presente sentencia ARCHÍVAR el expediente previa cancelación de su radicación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

  
SANDRA PATRICIA PINTO LEGUIZAMON  
JUEZ