

REPÚBLICA DE COLOMBIA**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI****SENTENCIA No. 138**

Santiago de Cali, septiembre dieciséis (16) de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación	76001333300520150015900
Demandante	FABIO HUMBERTO CAMPO CRUZ
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

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

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1.** Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 4143.0.21.8903 de noviembre 22 de 2013, proferida por el señor Secretario de Educación Municipal de Santiago de Cali –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación a favor del demandante; respecto del valor establecido como cuantía de la pensión, a efectos de incluir en la base de liquidación la totalidad de los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado.
- 1.2.** Declarar la nulidad de la Resolución No. 4143.0.21.1183 de febrero 5 de 2015, emitida por la entidad anteriormente mencionada, a través de la cual se resolvió negar la revisión de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados y certificados en el último año de adquisición del status pensional.

- 1.3.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se emitan las siguientes condenas:
 - 1.3.1.** Ordenar a la entidad demandada, incluir como base de liquidación de la pensión de jubilación el promedio de los factores salariales devengados por el demandante en el año anterior al status de pensionada, tales como: auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima de servicios del 20%, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sobresueldo por dirección, entre otras, y concretamente las que aparezcan certificadas por la autoridad competente para el efecto; con efectos fiscales a partir del momento en que cumplió los requisitos para su pensión, en virtud de la ley y de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, de agosto 4 de 2010, Radicación No. 250002325-00020060750901 (0112-09).
 - 1.3.2.** Ordenar a la demandada reconocer y pagar al demandante las diferencias generadas a partir del nuevo valor de la pensión, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos por el pensionado, desde la fecha del status hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor que se llegare a reconocer.
 - 1.3.3.** Condenar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer, liquidar y pagar intereses de mora sobre las sumas adeudadas conforme a lo establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A.
- 1.4.** Ordenar a la misma entidad, a dar cumplimiento a la sentencia conforme lo disponen los artículos 189 y 192 ibídem.
- 1.5.** Condenar en costas a la entidad demandada tal y como lo dispone el artículo 188 de la codificación referida.

2. HECHOS

- 2.1.** El demandante, señor HUMBERTO CAMPO CRUZ, es docente del sector público, afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- 2.2.** El indicado Fondo, a través de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al demandante mediante Resolución No. 4143.0.21.8903 de noviembre 22 de 2013.
- 2.3.** Por Resolución No. 4143.0.21.10658 de diciembre 7 de 2011, se le reconoció y ordenó pagar prestaciones extralegales establecidas en el Decreto 0216 de 1991, certificadas por el Ministerio de Educación, correspondientes a prima de antigüedad y prima de servicios, para las vigencias fiscales del 2004 a 2010. Es decir que durante el año anterior al status devengó las mencionadas primas.
- 2.4.** Dentro de la liquidación de la pensión del señor HUMBERTO CAMPO CRUZ no se le incluyeron los factores salariales devengados, conforme al año base de liquidación.
- 2.5.** El Fondo basó la decisión adoptada en el acto administrativo demandado, en lo determinado en el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, que reglamentó los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989.
- 2.6.** El demandante ingresó al Servicio Público Educativo antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, entonces, conforme al artículo 81 ibídem, las normas prestacionales que deben aplicarse son las vigentes y que regulaban el tema antes de la fecha de su expedición, esto es, Leyes 91 de 1989, 33 de 1985 y 4 de 1966.
- 2.7.** El demandado negó la inclusión de todos los factores salariales, argumentada en el artículo 3 del Decreto 3752, que establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual se realizaron los aportes.
- 2.8.** Refiere que la entidad demandada está aplicando normas derogadas expresamente, toda vez que la Ley 1151 –Ley del Plan Nacional de Desarrollo- de 24 de julio de 2007, determinó en el artículo 160, derogar el artículo 3º del Decreto 3752 de 22 diciembre de 2003.

- 2.9.** El demandante durante el año anterior al status de pensionada percibió: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras, prima de antigüedad y prima de servicios, factores que deben tenerse en cuenta al momento de calcular el valor de la mesada pensional reconocida.
- 2.10.** Destaca la interpretación que ha dado la Corte Constitucional a los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, precisando que ante la duda generada por la existencia de dos normas aplicables a la misma situación, deberá preferirse la que favorezca al trabajador.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La apoderada del demandante hace referencia al derecho al debido proceso instituido en los artículos 29 y 85 de la Carta Política, que rige para toda clase de actuaciones. Este derecho está relacionado con el derecho de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la misma Carta.

Menciona los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, que han sido fijados por la Corte Constitucional, y precisa que la violación de los derechos mínimos de los trabajadores y la no aplicación de la norma favorable en lo laboral constituyen una vía de hecho.

Desde la óptica de un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de septiembre 10 de 2009, analiza el régimen prestacional de los docentes conforme al contenido del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y concluye que a partir de junio 27 de 2003, fecha en que entró a regir la citada ley, existen dos regímenes pensionales de los docentes cuya aplicación se determina por la fecha de ingreso del docente al Servicio Público Educativo, a saber:

- El régimen de los docentes vinculados antes de dicha fecha, es el contenido en la Ley 91 de 1989;
- El régimen de los docentes vinculados a partir de esa data, es el general previsto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, pero con el requisito de edad unificado de 57 años para hombres y mujeres.

Como la demandante se vinculó al servicio docente oficial el 26 de febrero de 1976, es decir en fecha anterior a la de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable es el contenido en la Ley 91 de 1989.

La demanda además realiza un análisis de las Leyes 91 de 1989, 715 de 2001 y 33 de 1985. Con relación a esta última, centra su examen en los factores que integran el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación allí establecida y precisa que la misma excluye de la base de liquidación de los aportes a los funcionarios de origen territorial. Como la demandante que es docente nacionalizada, por ende, no es procedente que el ingreso base de liquidación para calcular la mesada pensional se haga sobre los factores enunciados en la Ley 33 de 1985; sino que para tal efecto, se debe acudir al artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, reglamentada por el Decreto 1743 de esa misma anualidad.

Finalmente efectúa una transcripción parcial de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, de agosto 4 de 2010 y solicita que al momento de dictar sentencia se de aplicación a lo establecido en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Educación Nacional en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas planteadas en la demanda, toda vez que el acto administrativo demandado se ajustó a derecho.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 4 de 1992, Decreto 1919 de 2002, Ley 812 de 2003, Decreto 3752 de 2003, Decreto 1158 de 1998 y la Ley 715 de 2001, sólo pueden reconocerse las prestaciones y factores salariales que en este momento se le están pagando al demandante.

No procede el ajuste pensional solicitado con inclusión de los factores salariales prima de servicios y prima de antigüedad, porque dichos factores no han sido fijados por el Gobierno Nacional para los empleados del magisterio.

Plasma elucubraciones sobre la prima de servicios, prima de antigüedad y bonificación por servicios y bonificación por recreación. Indica en tal sentido, que

el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1919 de 2002, donde equiparó las prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial con las de los servidores públicos del orden nacional (Artículo 5 del Decreto 1045 de 1978); sin embargo, el Decreto no hizo extensivo todos los factores salariales a aquellos servidores públicos. De los nueve factores que se pueden pagar a los empleados públicos del orden nacional contenidos en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, solo cuatro (4) de ellos han sido fijados por el Gobierno Nacional, que es el único competente constitucional para fijarlos para los empleados públicos del orden territorial, como son el subsidio de transporte, subsidio de alimentación, viáticos y gastos de representación. Lo que significa que la prima de servicios, la prima de antigüedad, bonificación por servicios prestados, prima técnica y prima de riesgo no han sido fijadas por el Gobierno Nacional. Por último solicita, se declaren improcedentes las pretensiones de la demanda.

Propuso las excepciones de mérito de: prescripción, inexistencia de la obligación en la Ley y excepción genérica.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Fueron presentados oralmente en la audiencia inicial que se llevó a cabo en septiembre 15 de 2015 en el siguiente orden:

5.1. Parte demandante:

Realiza un resumen de los hechos de la demanda y solicita que se declare favorable la misma de acuerdo al régimen especial de los docentes contenido en la ley 812 de 2003.

Indica que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitió concepto de septiembre 10 de 2009, en el cual se analiza el régimen pensional de los docentes, aclarando lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005; todo esto teniendo en cuenta la fecha de ingreso al servicio docente.

Considera que se debe tener en cuenta las Leyes 91 de 1989, 715 de 2001 y 33 de 1985 y la sentencia unificación del Consejo de Estado de

agosto 4 de 2010, en relación con los hechos y derechos aquí reclamados.

Por lo tanto, solicita que se declaren favorables las pretensiones de la demanda y se reajuste la pensión con todos los factores salariales que se encuentran acreditados en el proceso.

5.2. Parte demandada:

Se ratifica en lo manifestado en la contestación de la demanda y agrega que no hay lugar al reconocimiento de las pretensiones de la parte demandante, teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, pues la base de liquidación de las prestaciones sociales no puede ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

De igual manera, dice, que la pensión se reconoció teniendo en cuenta lo establecido las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989 y 812 de 2003 y el decreto 3752 de 2003, en el cual se señala que solo pueden incluirse los factores que sirvieron de base, en este caso la asignación básica y los sobresueldos, ya que la pensión del demandante se causó con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y el ingreso base de cotización de los docentes debe realizarse de acuerdo con el decreto 1158 de 1994.

Pide que se tenga en cuenta la sentencia de unificación del Consejo de Estado de abril 14 de 2016, en la que se señala el lineamiento para el reconocimiento de la prima de servicios solicitada por la parte demandante.

5.3. Ministerio Público:

Refiere que de la lectura del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se establece que los docentes no cuentan con un régimen especial de pensión de jubilación, toda vez que la norma se refiere a un régimen prestacional especial creado en cada ente territorial y no a un régimen pensional, el cual está establecido en normas de carácter general, aplicables a los empleados del orden nacional y territorial de la

cual no fueron excluidos los docentes nacionales ni nacionalizados, es decir de conformidad con la Ley 33 de 1985.

De acuerdo con lo anterior, la ley aplicable al demandante es la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985.

Hace mención de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, de fecha agosto 4 de 2010, en la que se unificó el criterio sobre los factores a tener en cuenta en el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con fundamento en la Ley 33 de 1985.

Considera que al llegar a aplicarse la sentencia SU 230 de 29 de abril de 2015 de la Corte Constitucional, que estableció que el IBL no es susceptible de ninguna transición y su regulación es independiente del régimen especial pensional al que pertenece el demandante. No se encontraría salvaguardia el derecho a la igualdad de aquellos pensionados que adquirieron su derecho en las mismas condiciones que fueron cobijados integralmente por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en aplicación de la providencia de agosto 4 de 2010 proferida por el Consejo de Estado, antes mencionada.

Por tanto, concluye que en aplicación del principio de favorabilidad, se debe continuar aplicando el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, máxime cuando dicha Corporación en sentencia de noviembre 19 de 2015, con ponencia del Consejero GERARDO ARENAS MONSALVE, hizo un estudio juicioso del alcance interpretativo de la Corte Constitucional, cardinalmente diferente a la posición reiterada del Consejo de Estado, y sosteniendo que resulta más garantista y equitativo para los trabajadores incluir en el régimen especial, el ingreso base de liquidación.

De otro lado refiere que no puede dejarse de lado la sentencia de unificación del Consejo de Estado de agosto 4 de 2010, en la que se sostuvo que solo se pueden tener en cuenta en el IBL, los factores salariales que tiene origen en la ley en el momento de liquidarse la pensión.

Concluye que en principio le asiste razón a la parte demandante cuando reclama la reliquidación de su pensión para que se tengan en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicio; pero como quiera que la prima de servicios y la prima de antigüedad, que no fueron tenidas en cuenta en la pensión

de jubilación, tienen origen extralegal, el demandante no tiene derecho a la inclusión de los mismos.

En consecuencia solicita, denegar las pretensiones de la demanda.

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial, debe el despacho determinar si procede el reajuste de la pensión de jubilación del demandante, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, incluyendo los primas extralegales de servicios y de antigüedad reconocidas por el Municipio de Santiago de Cali.

6.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

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

6.2.1. Analizar el marco normativo de la pensión de jubilación de los docentes oficiales;

6.2.2. Identificar los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación pensional en el caso concreto.

6.2.3. Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;

6.2.4. Determinar si en el caso concreto, le asiste o no al demandante el derecho reclamado.

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

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

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

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

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

“PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

Se extracta de las dos normas que anteceden, que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), sigue siendo el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales que regían para esa fecha, esto es, Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, y demás normas concordantes. Contrario sensu, los docentes vinculados con posterioridad a esa fecha, tienen los derechos del régimen de prima media regulado en la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, excepto el requisito de edad que es el señalado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, es decir, 57 años para hombres y mujeres.

Significa entonces que respecto de este último grupo de docentes, en materia pensional, opera de manera parcial la excepción de que trata artículo 279 de la Ley 100 de 1993, según el cual el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en ese estatuto no se aplica, entre otros, a:

“(…) los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. 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”;

Lo anterior ya que como se vio, se les aplica lo correspondiente al régimen de prima media con prestación definida, propio del Sistema General de Pensiones.

En esa medida, analizando el caso concreto bajo el anterior marco normativo, se tiene que de conformidad con lo consagrado en el artículo 1 de la Ley 91 de 1989¹, el demandante tiene la categoría de docente nacionalizado², pues fue vinculado al servicio docente el 28 de marzo de 1978; por consiguiente, de acuerdo con esa fecha de vinculación, le resulta aplicable el régimen pensional de los docentes que regía antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual, como se vio, se encuentra exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993. Tema sobre el cual el Consejo de Estado arribó a la siguiente conclusión:³

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

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

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

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

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

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

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

¹ “Art. 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos: **Personal Nacional.** Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

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

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

² Así se indica en el certificado de historia laboral glosado a folio 27 y 28 del expediente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta disposición contiene un régimen de transición y de excepción para los empleados oficiales que se encuentren en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

2. Que a la entrada en vigencia de la misma, hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio. Evento en el cual se les continúa aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.
3. Que a la fecha de la vigencia de la Ley en comento, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Para el caso concreto, el demandante no cumple ninguno de los anteriores presupuestos, dado que los docentes oficiales no se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley en comento, ni gozan de un régimen especial de pensiones. Tampoco, a la entrada en vigencia de la misma, esto es, febrero 13 de 1985, había cumplido 15 años de servicios, si en cuenta se tiene que empezó a laborar desde marzo 28 de 1978⁵, por lo que a esa fecha sólo acumulaba 8 años y 10 meses.

Cabe agregar, que por encontrarse activo en aquella fecha, no le era aplicable el otro supuesto de transición, exclusivo para aquellos empleados oficiales que se hallaban retirados del servicio.

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

6.2.6. FACTORES QUE HACEN PARTE DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PENSIONAL BAJO EL RÉGIMEN PREVISTO EN LA LEY 33 DE 1985

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

Por su parte, el artículo 3º de la pre citada ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, enuncia ciertos factores para efectos de liquidación de la pensión

⁵ Información contenida en certificado de historia laboral visto a folios 27 y 28 del cuaderno único.

de jubilación⁶, norma sobre la cual el Consejo de Estado había adoptado disímiles posturas en torno a su interpretación; no obstante, la Sección Segunda de esa Corporación en Sala Plena, unificó el criterio estableciendo que se deben incluir en la base de liquidación todos los factores devengados por el servidor en el último año de servicios, fallo que por ilustrativo se transcribe⁷:

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

“Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual “En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”. Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003⁸, concluyendo que “en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) “en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes”.

“Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. Entonces, en la sentencia de 16 de febrero de 2006⁹, se expresó:

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

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

“En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado

⁶ “Artículo 3°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (...)”.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. C.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. 4 de agosto 2010. Rad: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Flórez Aníbal.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez.

deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma¹⁰:

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

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

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

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

*“Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

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

“No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.¹¹

“Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto la actora tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho.

¹¹ Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

*devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación*¹²(...) (Subraya del despacho).

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

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

6.2.7. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

- Mediante Resolución No. 4143.0.21.8903 de noviembre 22 de 2013, expedida por el Secretario de Educación Municipal de Santiago de Cali actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció y ordenó pagar en favor del demandante, pensión mensual vitalicia de jubilación, por valor de \$2.544.066, a partir de julio 2 de 2013, fecha en que adquirió el status de jubilación, en virtud a que nació en julio 1 de 1958 y acreditaba el tiempo de servicio requerido para acceder a dicha prestación. El parámetro de la liquidación de la pensión, fue el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio en la fecha que adquirió el status, tomándose como factores salariales: la asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y horas extras¹³.
- Con fecha diciembre 3 de 2014 el señor FABIO HUMBERTO CAMPO CRUZ, por conducto de apoderada, solicitó al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reajuste de la pensión antes mencionada, con inclusión de todos los factores salariales percibidos

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

¹³ Folios 20 al 22

durante el año de prestación de servicios anterior al status de pensionado, con fundamento en la posición unificada del Consejo de Estado contenida en la sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, con ponencia del consejero VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, expediente 250002325000-20060750901 (0112-09). En consecuencia, pide que se cancelen las diferencias sobre las mesadas pensionales originadas por el nuevo valor de las mismas¹⁴.

- La petición anterior fue resuelta negativamente por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI, actuando en nombre del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante Resolución No. 4143.0.21.1183 de febrero 5 de 2015, argumentando que las primas extralegales de antigüedad y de servicios no se encuentran en las actas de liquidación emanadas por el Ministerio de Educación a los docentes nacionalizados¹⁵.
- Por Resolución No. 4143.0.21.10658, de 7 de diciembre de 2011, dictada por el Secretario de Educación Municipal de Santiago de Cali, se reconoció al señor FABIO HUMBERTO CAMPO CRUZ el derecho a dos primas extralegales denominadas “*prima de antigüedad*” y “*prima de servicios*” durante los años 2004 a 2010, prestaciones que fueron establecidas en el Decreto 0216 de 1991 expedido por la Alcaldía de Santiago de Cali¹⁶ y certificadas por el Ministerio de Educación Nacional¹⁷.
- A folio 19 del expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía del señor FABIO HUMBERTO CAMPO CRUZ, en la que consta que nació en GUACARÍ en julio 1 de 1958.
- Obra certificado de historia laboral emitido por funcionario de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI, indicando, entre otros aspectos, que el señor FABIO HUMBERTO CAMPO CRUZ ingresó al servicio docente estatal en marzo 28 de 1978, su situación laboral es la de docente nacionalizado y que pertenece al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁸.

¹⁴ Folios 7 al 15

¹⁵ Folios 24 al 26

¹⁶ Por el cual se fijan prestaciones sociales y otros beneficios para empleados públicos de la Administración Central de Santiago de Cali.

¹⁷ Folios 34 al 36

¹⁸ Folios 27 y 28

- Se allegaron dos certificados de salarios, en los que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI certifica los factores salariales devengados por el demandante durante los años 2012 y 2013¹⁹. Durante 2012 percibió: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones docentes, horas extras y primas extralegales de servicio docente y de antigüedad. En el año 2013 devengó los mismos factores, excepto las horas extras y la prima de servicios docente.

8. DECISIÓN ACERCA DEL CASO CONCRETO

Descendiendo al análisis del caso concreto, se resalta conforme a los hechos probados, que el demandante, señor FABIO HUMBERTO CAMPO CRUZ, en condición de docente nacionalizado adquirió el status jurídico de jubilado desde julio 2 de 2013; fecha en que cumplió 55 años de edad, en tanto nació en julio 1 de 1958²⁰, y llevaba más de 35 años de servicio prestado al Magisterio Oficial, teniendo en cuenta que empezó a laborar desde marzo 28 de 1978²¹.

Dicho de otra manera, para julio 2 de 2013 el demandante cumplió los requisitos de acceso a la pensión de jubilación señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, régimen general de pensiones que le era aplicable por haberse vinculado al magisterio con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 y porque de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no le era aplicable el Sistema General de Pensiones contenido en esta preceptiva.

En esa medida, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado arriba mencionada, la entidad demandada tenía la obligación de liquidar la pensión de jubilación del demandante, sobre el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de todos los factores salariales legales devengados **durante el año anterior a la adquisición del status**, contabilizado desde julio 2 de 2012 hasta julio 2 de 2013.

Como bien se indicó el acápite de hechos probados de esta providencia, durante el año anterior al estatus el demandante percibió los siguientes factores: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras, **prima de servicios y prima de antigüedad**.

¹⁹ Folios 29 al 32

²⁰ Información contenida en su cédula de ciudadanía, cuya copia se encuentra glosada a folio 19 del expediente.

²¹ Información obtenida del certificado de historia laboral visto a folio 27 y 28 del expediente.

Al analizar el acto de reconocimiento pensional²² obrante a folios 20 a 22 del cuaderno único, se puede observar que los factores incluidos para su liquidación prestacional fueron: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y horas extras, percibidos en el año anterior a la adquisición del status pensional y aplicándose una tasa de remplazo equivalente al 75%. Esto significa que no se tuvieron en cuenta la prima de servicios y la prima de antigüedad, que también fueron devengadas en dicho período de tiempo.

Posteriormente, por Resolución No. 4143.0.21.1183 de 5 de febrero de 2015, la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, negó al demandante su solicitud de reajuste pensional con inclusión de todos los factores salariales obtenidos en el año anterior al status, esto es, con inserción de las primas de antigüedad y de servicios, arguyendo que tales factores no se encuentran en las actas de liquidación emanadas por el Ministerio de Educación Nacional para los docentes nacionalizados²³.

Con relación a las prementadas primas, que efectivamente fueron devengadas por el demandante en el periodo reseñado²⁴, es del caso mencionar que fueron reconocidas al demandante por el Municipio de Santiago de Cali como prestaciones extralegales, a través de la Resolución No. 4143.0.21.10658 de diciembre 7 de 2011, las cuales fueron creadas por el mismo Ente Territorial mediante el Decreto 0216 del 18 de febrero de 1991²⁵, que entró en vigencia desde enero 1 de 1991, según lo indica su artículo 60.

Lo antes dicho quiere decir que el mencionado Decreto a pesar de ser expedido por una autoridad territorial, crea derechos prestacionales. Debe además indicarse que el mismo cobró vigencia con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991²⁶.

Ahora bien, en un caso similar al presente, el Consejo de Estado analizó la posibilidad de incluir en la liquidación pensional de la demandante los factores extralegales reconocidos mediante acto administrativo territorial por la Alcaldía de Bogotá, en vigencia de la Constitución Política de 1886 correspondientes a: prima de navidad extralegal, prima de antigüedad, vacaciones, prima de alto riesgo

²² Resolución No. 4143.0.21.8903 de 22 de noviembre de 2013.

²³ Folios 24 y 25

²⁴ Según se extrae de los certificados de salarios vistos a folios 29-32 del expediente.

²⁵ El decreto 0216 de 1991 puede ser consultado en la página web de la Alcaldía de Santiago de Cali: www.cali.gov.co

²⁶ Expedida el 6 de julio de 1991.

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 dispuso²⁷:

“(...) 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 territorial²⁸ 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 empleados²⁹, mas no respecto al régimen prestacional de los mismos.

“Posteriormente el Acto Legislativo No. 1 de 1968, estableció que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso a nivel nacional, por las Asambleas a nivel Departamental y por los Concejos en el orden local³⁰ 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 (...)

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

²⁷ 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).

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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.

pactadas en la convención colectiva de la Caja de Previsión Social (...)

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

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

De lo anterior se extrae que hasta antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968, las autoridades territoriales tenían la potestad de fijar sueldos o factores salariales para sus empleados, 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 1886 y 1991. Ahora, válido es aclarar que en materia prestacional aquellas autoridades nunca han tenido competencia para crear algún tipo de prestación social, pues ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991 se les confirió tal facultad.

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

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

Analizando el caso concreto bajo las anteriores inferencias, tenemos que la disposición territorial que creó las primas extralegales de servicio y de antigüedad que hoy nos ocupan, valga decir, el Decreto 0216 del 18 de febrero 1991, fue expedida con posterioridad al año 1968 y en vigencia de la Constitución Política de 1886 y, por ende, sin tener competencia el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI para ello, ya que la misma radicaba en cabeza del Congreso o del legislador extraordinario; razón por la 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.

Por tales circunstancias, no es procedente, ni válido, incluir los factores salariales de prima de servicios y de antigüedad en la base de liquidación pensional del señor CAMPO CRUZ.

De suerte que, la presunción de legalidad de los actos administrativos impugnados permaneció incólume, no siendo posible efectuar su nulidad, en atención a que en el primero *-el que reconoció el derecho pensional-* se aplicó en forma correcta los presupuestos de la Ley 33 de 1985 y en la liquidación de la prestación se tuvo en cuenta los factores de carácter legal devengados por el demandante durante el año previo a la adquisición del status, esto es, asignación básica, horas extras, prima de navidad, prima de vacaciones, estas dos últimas que pese a tener la naturaleza de prestaciones sociales, la jurisprudencia del Consejo de Estado referida líneas arriba indica que constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y pensiones por expresa disposición del legislador, concretamente el artículo 5º del Decreto 1045 de 1978.

De cara al segundo acto administrativo enjuiciado, esto es, la Resolución No. 4143.0.21.1183 de febrero 5 de 2015³¹, no es factible declarar la nulidad, debido a que si bien los dos factores prementados, cuya inclusión se pretendía en la reliquidación deprecada, son de origen extralegal, reconocidos por el Municipio de Santiago de Cali, la entidad territorial carecía de competencia para fijarlos.

³¹ "MEDIANTE EL CUAL EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO NIEGA EL AJUSTE A LA PENSION DE JUBILACIÓN".

Los argumentos expuestos, conducen a que se declare probada la excepción de inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley, propuesta por la entidad demandada. Igualmente el criterio del Despacho coincide con el concepto emitido por el Agente del Ministerio Público.

Corolario de lo anterior, resulta imperativo negar las pretensiones de la demanda.

9. COSTAS

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

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.³², entre otras cosas, establece que:

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

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación³³:

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

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

³² Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

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

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

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

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

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY, propuesta por la parte demandada.

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

TERCERO: SIN CONDENAS en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Original Firmado
CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez