

REPÚBLICA DE COLOMBIA**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI****SENTENCIA No. 200**

Santiago de Cali, diciembre 01 de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación	76001333300520160025300
Demandante	Eduardo Landázuri Amaris
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 Eduardo Landázuri Amaris 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. 2740 de octubre 31 de 2001, proferida por Representante del Ministerio de Educación ante el Departamento del Valle del Cauca y el Coordinador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Valle del Cauca, mediante la cual le reconoció Pensión de Jubilación a favor del demandante; calculando la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

1.2. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 4143.0.21.7385 de julio 13 de 2012, proferida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali, mediante la cual se reliquidó la Pensión de Jubilación del demandante; calculando la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.

1.3. Declarar que el demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le

reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir de agosto 01 de 2011, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional del demandante.

1.4. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se emitan las siguientes condenas:

1.4.1. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir de agosto 01 de 2011, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado indicando, que son los que constituyen la base de liquidación pensional del demandante.

1.4.2. Que el valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución No. 2740 de octubre 31 de 2001, suscrita por el Representante del Ministerio de Educación ante el Departamento del Valle del Cauca y el Coordinador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Valle del Cauca, que reconoció la pensión de jubilación al demandante.

1.4.3. Que el valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución No. 4143.0.21.7385 de julio 13 de 2012, suscrita por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali, que reliquidó la pensión de jubilación al demandante.

1.4.4. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la Ley.

1.4.5. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión de la nómina del pensionado. Además que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

1.4.6. Ordenar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este conforme al artículo 192 y siguientes del C.P.A.C.A.

1.4.7. Ordenar a la misma entidad, el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena.

1.4.8. Condenar en costas a la entidad demandada tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA y lo dispuesto en los artículos 365, 366 Y 440 del Código General del Proceso.

1.4.9. Que la suma que resulte a favor del demandante se descuenta lo cancelado en virtud de la Resolución que le reconoció el derecho a la pensión de jubilación, proferida por la entidad demandada.

2. HECHOS

2.1. El demandante, señor Eduardo Landázuri Amaris, laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.2. Que la base de liquidación pensional, en su reconocimiento incluyó sólo la asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad, prima de alimentación, bonificación licenciatura y la prima de población, omitiendo tener en cuenta las primas extralegales de servicios y de antigüedad, factores salariales percibidos por la actividad de docente durante el último año de servicio anterior a adquirir el status jurídico de pensionado.

2.3. Que la entidad demandada llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según lo indicado en la sentencia de noviembre 21 de 1996, Consejero Ponente, Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 1 de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989 y Decreto 1045 de 1978.

El apoderado del demandante hace referencia a la Ley 812 de 2003 en su artículo 81, que estableció el régimen prestacional de los docentes, artículo que fue prorrogado con la entrada en vigencia de la Ley 1151 de 2007, concluyendo que el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se establece tomando como referencia la fecha en la cual el docente fue vinculado al servicio educativo estatal, es decir, si su vinculación fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta esta fecha, pero si su vinculación laboral fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812, estos docentes estarán bajo el régimen pensional regulado por la Ley 100 de 1993.

Agrega que la normatividad existente en cuanto a la pensión de jubilación de los docentes, y para el caso que hoy nos ocupa, es el establecido en la Ley 91 de 1989 y las demás normas aplicables hasta este momento.

Cita la Ley 33 de 1985 en su artículo 1º, del cual infiere que esta norma no instituye de manera taxativa cuáles factores salariales conforman la base para calcular la mesada pensional, por lo tanto, al no estar definidos los factores salariales, no impide que se incluyan todos los factores devengados por el trabajador durante el último año de servicio.

Indica que la Ley 91 de 1989 en su artículo 15, evidencia que la inclusión de los factores salariales en la pensión de jubilación reclamada por la actor (a) se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, teniendo en cuenta para efectos del cálculo del valor de la mesada pensional todos los factores salariales que devengó el docente durante el último año de prestación del servicio.

Concluye que los anteriores argumentos son claros y contundentes para demostrar los vicios que adolecen el acto administrativo demandado, razón suficiente para que se decrete la nulidad del mismo.

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 los actos administrativos demandados se ajustan a derecho.

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

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

Dice que el Decreto 3752 de 2003, establece en el numeral 3º, que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago esté obligado el FNPSM, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la que realice los aportes el docente. Luego entonces, este Decreto modificó el ingreso base de liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes, sujetándolo a los factores previstos para cotización. De allí, que ese Fondo no pueda incluir en la liquidación de las pensiones causadas con posterioridad a la referida Ley, factores diferentes a los previstos para la cotización.

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

Advierte que el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, fija los requisitos para que los empleados oficiales accedan a la pensión, determinando que el monto es el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Al mismo tiempo, establece un régimen de transición para los empleados oficiales que a la entrada en vigencia de dicha ley, hayan cumplido 15 años de servicio; pero, sólo en lo relacionado con la edad

de jubilación, porque lo atinente a los factores salariales no está incluido en el mismo.

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

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

Propuso las excepciones de mérito de: falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Fueron presentados oralmente en la audiencia inicial que se llevó a cabo en noviembre 28 de 2017 en el siguiente orden:

5.1. Parte demandante:

Manifiesta que se ratifica en los fundamentos facticos y jurídicos expuestos en la demanda y solicita que se declaren favorables las pretensiones.

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,

5.3. Ministerio Público:

Expone que de la lectura del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se tiene que los docentes no cuentan con un régimen pensional especial respecto de la pensión de jubilación, el cual está establecido en normas de carácter general aplicables a los

empleados públicos del orden nacional y territorial, de las que no fueron excluidos los docentes nacionales ni nacionalizados, es decir la Ley 33 de 1985 y la modificación efectuada por la ley 62 del mismo año.

Indica que los docentes no cuentan con un régimen especial respecto a la pensión de jubilación, por lo que ésta debe regirse por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y la modificación efectuada por la ley 62 del mismo año.

Refiere que el Consejo de Estado, a través de sentencia de unificación de agosto 4 de 2010, unificó las diferentes interpretaciones que esa Corporación venía haciendo en torno a los factores a incluir en la liquidación de la pensión de jubilación. En consecuencia, en dicha sentencia se acogió la interpretación según la cual se debían reconocer todos los factores devengados, incluso los que no se encuentren taxativos en la norma y sobre los cuales no se hubiere realizado aportes.

Que de acuerdo a lo anterior y a lo dispuesto por el Consejo de Estado los docentes tienen derecho a que su pensión se liquide sobre el 75% de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional, lo que en principio le da la razón a la parte actora en su pedimento.

Advierte que sólo se pueden tener en cuenta factores salariales que tienen origen en la Ley al momento de liquidarse la pensión de jubilación, en tanto que de conformidad con el literal e del numeral 19 del art. 150 de la CP, se infiere que la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos se debe hacer a través de las leyes, de lo cual se concluye que los entes territoriales y sus respectivas corporaciones pública de carácter político no tienen competencia para definir el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos.

Añade que los factores salariales de prima de servicios y antigüedad que el actor pretende incluir en su liquidación pensional son de origen extralegal puesto que fueron creados por el Municipio de Cali, de lo que se desprende que ellos no podrán ser tenidos en cuenta para liquidar dicha prestación, pues se trata de emolumentos que fueron otorgados usurpando la competencia que le asiste de forma exclusiva al Congreso de la República.

Por lo anterior, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

6. CONSIDERACIONES

6.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES DE MERITO:

Por confundirse con el fondo del asunto, los medios exceptivos propuestos por la apoderada de la entidad demandada serán resueltos en el desarrollo de la presente providencia, sin ser necesaria su individualización.

6.2. 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 y/o durante el último año servicio, incluyendo los primas extralegales de servicios y de antigüedad reconocidas por el Municipio de Santiago de Cali.

6.3. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

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

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

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

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

6.3.4. Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el derecho reclamado.

6.3.5. 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 en octubre 20 de 1977; 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 10-11 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 octubre 20 de 1977⁵, por lo que a esa fecha sólo acumulaba 7 años y 4 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 Eduardo Landázuri Ameris, 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.

6.3.6. 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 el certificado de historia laboral No. 18940 de mayo 12 de 2016, expedido por la Secretaria de Educación del Municipio de Santiago de Cali, visto a folios 10-11 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 prestación¹²(...) (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.

6.3.7. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

- Mediante Resolución No. 2740 de octubre 31 de 2001, expedida por los representantes del Ministerio de Educación Nacional y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio ante el Departamento del Valle del Cauca, se reconoció pensión de jubilación a favor del señor Eduardo Landázuri Amaris, a partir de julio 13 de 2001, la cual fue liquidada sobre el 75% del promedio de los factores salariales devengados **durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado**, incluyendo en el ingreso base de liquidación la asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, bonificación de licenciatura y prima de población¹³.
- El mismo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, mediante Resolución No. 4143.0.21.7385 de julio 13 de 2012, reliquidó la pensión de jubilación del demandante a partir de agosto 1 de 2011, **sobre el 75% del promedio de los factores percibidos durante el último año de servicio**,

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 3-5.

comprendido de julio 31 de 2010 a julio 31 de 2011, teniendo en cuenta que el señor Landázuri Amaris se retiró del servicio a partir de agosto 1 de 2011¹⁴.

- Mediante Resolución No. 4143.0.21.2286 de abril 29 de 2011, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, se reconoció y ordenó el pago de unas prestaciones extralegales establecidas en el Decreto 0216 de 1991 en favor del demandante: prima de servicios y prima de antigüedad, las cuales fueron reconocidas por los años 2007 hasta 2009¹⁵.
- Igualmente, a través de la Resolución No. 4143.0.21.11493 de diciembre 20 de 2011, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, se reconoció y ordenó el pago de unas prestaciones extralegales establecidas en el Decreto 0216 de 1991 en favor del demandante: prima de servicios y prima de antigüedad, las cuales fueron reconocidas por el año 2010¹⁶.
- A folios 10 a 11 del expediente, reposa certificado de historia laboral No. 18940 de mayo 12 de 2016 del señor Eduardo Landázuri Amaris, expedidos por la Secretaria de Educación Municipal de Cali, de la cual se extrae que el actor ingresó al servicio docente octubre 20 de 1977, su situación laboral es la de docente nacionalizado y que pertenece al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Se allegó certificado 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 2009 hasta agosto de 2011¹⁷. Durante 2010 percibió: asignación básica, prima navidad y prima de vacaciones docente y primas extralegales de servicio docente y de antigüedad. En el año 2011 devengó los mismos factores, más horas extras.

7. DECISIÓN ACERCA DEL CASO CONCRETO

Descendiendo al análisis del caso concreto, se resalta conforme a los hechos probados, que el demandante, señor Eduardo Landázuri Amaris, en condición de docente nacionalizado adquirió el status jurídico de jubilado desde julio 12 de 2001; fecha en que cumplió 55 años de edad, en tanto nació en julio 12 de 1946, y

¹⁴ Folios 7-8

¹⁵ Folios 13-14 del cuaderno único.

¹⁶ Folios 15-17 del cuaderno único.

¹⁷ Folios 19-21

llevaba más de 20 años de servicio prestado al Magisterio Oficial, teniendo en cuenta que empezó a laborar desde octubre 20 de 1977¹⁸.

Dicho de otra manera, para julio 12 de 2001 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.

De igual manera el demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación a partir de agosto 1 de 2011, **sobre el 75% del promedio de los factores percibidos durante el último año de servicio**, con el periodo comprendido de julio 31 de 2010 a julio 31 de 2011, teniendo en cuenta que el señor Landázuri Amaris se retiró del servicio a partir de agosto 1 de 2011.

En esa medida, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado arriba mencionada, la entidad 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 12 de 2000 a julio 12 de 2001. De igual forma reliquidar la misma **sobre el 75% del promedio de los factores percibidos durante el último año de servicio**, comprendido de julio 31 de 2010 a julio 31 de 2011, teniendo en cuenta que el señor Landázuri Amaris se retiró del servicio a partir de agosto 1 de 2011

Como bien se indicó el acápite de hechos probados de esta providencia, durante el año anterior al retiro del servicio de la docencia, es decir comprendido de julio 31 de 2010 a julio 31 de 2011, el demandante percibió los siguientes factores: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras, **prima de servicios y prima de antigüedad**.

Al analizar el acto que reliquidó la pensión del actor¹⁹, 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 al retiro del servicio y aplicándose una tasa de remplazo equivalente al 75%. Esto

¹⁸ Información obtenida del certificado de la historia laboral del actor, visto a folios 10-11 del expediente.

¹⁹ Resolución No. 4143.0.21.7385 de julio 13 de 2012.

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.

Con relación a las prementadas primas, que efectivamente fueron devengadas por el demandante en el periodo reseñado²⁰, es del caso mencionar que fueron reconocidas al demandante por el Municipio de Santiago de Cali como prestaciones extralegales, las cuales fueron creadas por el mismo Ente Territorial mediante el Decreto 0216 del 18 de febrero de 1991²¹, 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 1991²².

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 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 dispuso²³:

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

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

²⁰ Según se extrae de los certificados de salarios vistos a folios 19-21 del expediente.

²¹ El decreto 0216 de 1991 puede ser consultado en la página web de la Alcaldía de Santiago de Cali: www.cali.gov.co

²² Expedida el 6 de julio de 1991.

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

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

²⁵ En sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado, expediente 250002325000200408852 01 (1313-2008), actor Manuel Isidro Sánchez Guerrero. Claramente se señaló que con la expedición de la Constitución de 1886 y las reformas contenidas de los años 1910 y 1945 los entes territoriales tenían una potestad amplia para la fijación de los sueldos de sus empelados 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 determina las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo.

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

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

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

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

“En relación con el tema, esta Corporación ha establecido que la legalidad del acto respecto de la competencia para su expedición, debe dilucidarse bajo los parámetros establecidos 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 pactadas en la convención colectiva de la Caja de Previsión Social (...)

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

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

De lo anterior se extrae que hasta antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968, las autoridades territoriales tenían la potestad de fijar sueldos o factores salariales para sus empleados, 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.

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

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 Eduardo Landázuri Amaris.

De otra parte, en cuanto nulidad de la Resolución No. 4740 de octubre 31 de 2001, por medio de la cual se reconoció la pensión de jubilación del actor a partir de julio 13 de 2001, es decir a partir de la adquisición del status pensional, incluyendo en el ingreso base de liquidación la asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, bonificación de licenciatura y prima de, es menester precisar que en el transcurso del proceso no se probó que el actor haya devengado algún otro factor salarial diferente a los antes mencionados, por su desempeño como docente, pues no existe una prueba contundente o testimonio de personas que den razón de ello, faltando entonces elementos de juicio que permitan enlazar las pretensiones de la demanda con los hechos debidamente probados en el transcurso del proceso.

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

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

En conclusión, las pretensiones del cual tratan los hechos de la demanda, ante la ausencia de pruebas que permitan inferir un indicio que el actor haya devengado otros factores salariales diferentes los que sirvieron de base liquidación, como consecuencia de su labor prestada a favor en la entidad demandada, se constituye en una falta de deber de la carga de la prueba, razón por la cual habrán de negarse las pretensiones de la demanda.

De suerte que, la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado 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, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado referida líneas arriba.

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.²⁷, 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 interpretación²⁸:

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

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

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

²⁷ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

²⁸ 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.**

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

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

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

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto 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 CONDENA 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

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez