

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 135

Santiago de Cali, agosto treinta (30) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación	76001333300520160021800
Demandante	EDILBERTO LOZADA GUTIERREZ
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 EDILBERTO LOZADA GUTIERREZ en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 4143.0.21.2857 de abril 17 de 2015, proferida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoce la RELIQUIDACIÓN de pensión a favor del demandante, señor EDILBERTO LOZADA GUTIERREZ.

1.2. Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 4143.0.21.2436 de abril 5 de 2015, proferida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoce parcialmente la REVISIÓN DE LA RELIQUIDACIÓN de pensión a favor del demandante, señor EDILBERTO LOZADA GUTIERREZ.

1.3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de jubilación teniendo como base todos los factores

salariales devengados en el último año de servicio, de conformidad con lo establecido en la ley 71/88, Decreto 1160/89, Decreto 3752/03, a partir de la fecha de retiro.

1.4. Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante, las diferencias de las mesadas generadas por la reliquidación de pensión de jubilación, debidamente indexadas desde el momento en que se acreditó el retiro definitivo hasta la inclusión en nómina de los nuevos valores reconocidos.

1.5. Ordenar a la entidad demanda, el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras.

1.6. Ordenar al demandado dar cumplimiento a la sentencia en el término indicado en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A).

1.7. Igualmente, el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia hasta que se cumpla la totalidad de la condena.

1.8. Condenar en costas al demandado.

2. HECHOS

2.1. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Resolución No. 4143.3.21.7408 noviembre del 28 de 2007, reconoció y ordenó el pago de una Pensión de Jubilación a favor de mi poderdante EDILBERTO LOZADA GUTIERREZ por cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio.

2.2. El señor EDILBERTO LOZADA GUTIERREZ elevó petición escrita ante la Entidad demandada a fin de que se Reliquidara la Pensión de Jubilación en su favor reconocida, teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales, petición que es resuelta mediante Resolución No. 4143.0.21.2857 del 17 abril de 2015, sin tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios

2.3. Mediante Resolución 4143.0.21.2436 de abril 5 de 2016, resuelve en forma parcial la nueva petición elevada ante dicha entidad en febrero 15 de 2016, donde el demandante solicitó la revisión de dicha pensión para tener en cuenta todos los factores salariales.

2.4. La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica, prima de vacaciones y horas extras, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación del Decreto 1566/2014 y las primas extralegales de antigüedad y de servicios, factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior a adquirir el estatus jurídico de pensionado.

2.5. La entidad demandada llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según se indicó en Sentencia de noviembre 21 de 1996, con ponencia del consejero, Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera violadas, la Ley 91 de 1989 – artículo 15, Ley 4 de 1996, Ley 33 de 1985 – artículo 1º, Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978, Art. 162 CPACA

El apoderado de la demandante hace referencia al marco normativo del régimen prestacional de los docentes, concluyendo que el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo Nacional 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 aquella Ley, estos docentes estarán bajo el régimen pensional regulado por la Ley 100 de 1993.

Precisa que al demandante le es aplicable el régimen pensional establecido en la Ley 91 de 1989 y las demás normas aplicables hasta el momento.

Analiza el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, norma que contiene los requisitos de edad y tiempo de servicio requerido para que un empleado oficial accede a la pensión de jubilación, y, a su vez, determina el monto de dicha pensión.

En cuanto a los factores a tener en cuenta en la liquidación de dicha pensión, hace mención de la sentencia de unificación que sobre este tema dictó el Consejo de Estado en agosto 4 de 2010, para luego comentar que al no reconocerse la pensión con todos los factores salariales, vulnera los derechos del actor.

Indica que del contenido del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se pone en evidencia que lo referente a los factores salariales en la pensión reclamada se rigen por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Destaca que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la prima de vacaciones y la prima de navidad, también deben ser tomadas en cuenta para determinar la base de liquidación pensional, como expresamente lo consagra el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Infiere que el acto administrativo demandado no se ajusta a derecho, por cuanto en este se desconoce lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remite al Decreto 1045 de 1978, el cual se debe tener en cuenta al momento de liquidar la prestación.

Finalmente considera que se debe declarar la nulidad parcial del acto administrativo demandado, porque la entidad demandada omitió su deber legal de incluir todos los factores salariales devengados por del demandante durante el último año de servicio al momento de adquirir el estatus de pensionado, vulnerando las disposiciones legales referidas y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales trazados para el efecto por el Consejo de Estado.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

Destaca que el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la prementada Ley, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen. Por ende, de los factores salariales relacionados en éste, a los docentes únicamente se aplica la asignación básica y las horas extras.

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

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

Advierte que el 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 que la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, modificaron el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de incluir como base de cotización para pensiones, además de asignación básica, horas extras y sobresueldo. En consecuencia no procede la inclusión de los factores solicitado en la demanda, ni la nulidad de los actos administrativos acusados.

Propuso como excepciones a resolver en esta providencia: las de (i) ineptitud de la demanda, (ii) prescripción, (iii) inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, (iv) cobro de lo no debido.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante

La apoderada de la 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. Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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.

Refiere que el Consejo de Estado, a través de sentencia de unificación de agosto 4 de 2010, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, unificó los 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. Esta interpretación ha venido siendo acogida por la Corporación en diferentes pronunciamientos.

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, circunstancia

que ha sido ratificada en varias oportunidades por el Consejo de Estado.

Añade que los factores salariales de prima de servicios y antigüedad que la actora 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.

Referente a la prima de navidad, Bonificación del Decreto 1566/2014, considera que se debe reliquidar la pensión de jubilación del demandante incluyendo dichos factores ya que tienen origen legal.

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 tomando en cuenta el 75% del ingreso base de liquidación constituido por todos los factores de salario devengados por él durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

3.1. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

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

(i) Analizar el marco normativo de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

- (ii) Identificar los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.
- (iii) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (iv) Plantear consideraciones sobre el proceso de nacionalización y descentralización educativa, así como la homologación de cargos ;
- (v) Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no al demandante el derecho reclamado.

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

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

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

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

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

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

Se extracta de las dos normas que anteceden, que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), sigue siendo el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales que regían para esa fecha, esto es, Ley 91 de 1989, y régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (en materia pensional) y 115 de 1994, y demás

normas concordantes. Contrario sensu, los docentes vinculados con posterioridad a esa fecha, tienen los derechos del régimen de prima media regulado en la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, exceptuando la edad de pensión de vejez que, según el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, es de 57 años para hombres y mujeres.

Significa entonces, que respecto de los docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, en materia pensional, opera de manera parcial la excepción de que trata artículo 279 de la Ley 100 de 1993, según el cual el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en ese estatuto no se aplica, entre otros, *“...a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*. Lo anterior, ya que como se vio, les aplica lo correspondiente al régimen de prima media con prestación definida, propio del Sistema General de Pensiones.

En esa medida, analizando el caso concreto bajo el anterior marco normativo y toda vez que la vinculación laboral del demandante se produjo con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003¹, le es aplicable el régimen pensional de los docentes que regía con anterioridad a dicha norma, el cual, como se vio, se encuentra exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993. Tema sobre el cual el Consejo de Estado arribó a la siguiente conclusión:²

“(...) 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.*

¹ Según se desprende de la certificación de tiempo de servicios visible a folios 10 y 11 del cuaderno único.

² 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).

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:³

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

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

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

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

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

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

³ CONSEJO DE ESTADO -SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B., C. P.: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, 12 de agosto de 2010, RAD: 760012331000200401195 01.

que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro (...)". (Se resalta).

Esta disposición contiene un régimen de transición o de excepciones para los empleados oficiales (concepto que incluye trabajadores oficiales y empleados públicos), que se encuentren en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, que por ley disfrutaran de un régimen especial de pensiones.
2. Que a la entrada en vigencia de la misma (13/02/1985), hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio. Evento en el cual se les continúa aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.
3. Que al momento de entrar a regir la Ley en comento, se encontraban retirados del servicio y habían cumplido 20 años de labor continua o discontinua. Estas personas al cumplir 50 años, si son mujeres, o 50 años si son varones, tienen derecho a pensionarse de acuerdo con las disposiciones que regían en la fecha de su retiro.

Para el caso concreto, 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 (febrero 13 de 1985), había cumplido 15 años de servicios, pues su vinculación se dio tan solo hasta marzo 03 de 1994⁴.

Es por ello, que al señor Edilberto Lozada Gutiérrez, 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.

6.2.2. FACTORES QUE HACEN PARTE DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS DOCENTES OFICIALES.

⁴ Segun se observa en la Resolucion No. 1493 de febrero 16 de 2005, Folio 3-5 cuaderno único.

En punto a este tema, pertinente es hacer mención de los alcances del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003⁵, el cual dispuso:

"Artículo 3o. Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente (...)"

Según esta norma, la base de liquidación de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debía ser igual a la base de cotización sobre la cual éstos realizaban los aportes respectivos. No obstante, dicha normativa fue expresamente derogada por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007⁶; empero, como la derogatoria produce efectos hacia el futuro, es obvio que la misma tuvo aplicación entre la fecha en que entró a regir el Decreto 3752 de 2003 y la de entrada en vigencia de la Ley en comento, es decir, de diciembre 23 de 2003 al 24 de julio de 2007.

En torno a la vigencia y la constitucionalidad del referido artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, el Consejo de Estado, al resolver de manera acumulada dos acciones de nulidad simple promovidas en contra de aquél, señaló⁷:

"(...) Finalmente, en los dos expedientes acumulados, se acusa al artículo 3o. del decreto 3752 de 22 de diciembre de 2003 de extralimitar lo normado en los incisos primero, segundo y cuarto del artículo 81 de la ley 812 de 2003.

"(...) En primer lugar es necesario señalar que como la derogación de que fue objeto el artículo cuestionado 3o. del decreto 3752 de 2003⁸, sólo produce efectos hacia futuro, es válido el enjuiciamiento que de él se haga, mientras estuvo vigente.

"Los actores de los procesos acumulados consideran, en síntesis, que la normativa reglamentada no facultó al Gobierno Nacional para impartir órdenes respecto del régimen prestacional de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 y el sistema de liquidación que les corresponde.

*"En este punto encuentra la Sala que como la normativa rectora de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 autoriza una desproporción entre el **ingreso base de cotización (lbc)** (el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo - artículo 8º de la ley 91 de 1989) y el **ingreso base de liquidación (lbl)** (artículo 15 de la ley 91 de 1989), no podía el artículo acusado 3o. del decreto 3752 de 2003, señalar, de forma general como lo hizo, que en las pensiones causadas con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, debe existir una correspondencia entre los dos términos referenciados (**lbc - lbl**).*

*"Si bien es cierto la correlación entre **cotización y liquidación** desarrollada en el artículo enjuiciado 3o. del decreto 3752 de 2003, no es un mandato nuevo e injustificado, porque deviene de la ley y de*

⁵ "Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones"

⁶ "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010".

⁷ Consejo de Estado -Sección Segunda, sentencia de 6 de abril de 2011, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, expedientes: 11001032500020040022001 (4582-2004), actor: LIBARDO SANTIAGO LASSO y 11001032500020050023400(9906-2005), actor: LUIS ALBERTO JIMENEZ POLANCO.

⁸ Disposición derogada por el artículo 160 de la ley 1151 de 24 de julio de 2007, por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.

disposiciones de rango constitucional⁹ y porque busca corregir errores y prácticas que desencadenaron en la pérdida de sostenibilidad financiera de algunas entidades (Cajas de entidades territoriales, Caja Nacional de Previsión Social, Seguro Social), también lo es que el inciso primero del artículo 81 de la ley 812 de 2003 al establecer que el régimen prestacional de los docentes vinculados antes 27 de junio de 2003 es el vigente con anterioridad a esa fecha, permitió que las pensiones que se vayan causando, en esas circunstancias y hasta que se extinga la transición, no guarden correspondencia entre el ingreso base de cotización (lbc) y el ingreso base de liquidación (lbi). Para la Sala los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, que reúnan los requisitos exigidos para acceder a la pensión, ipso facto tendrán el status de jubilado y, por consiguiente, el derecho adquirido al reconocimiento 'pleno' y 'oportuno' de su prestación, conforme a las diferencias que les asisten (nacionales, nacionalizados o territoriales - ley 91 de 1989).

"No sobra precisar, en este punto, que la seguridad social en pensiones, al constituirse en derecho adquirido, debe ser respetada (con aplicación del principio de favorabilidad) y es exigible ante los jueces (artículos 48, 86, 228 y 229 CP).

"El artículo controvertido 3o. del decreto 3752 de 2003, en la medida que atendió mandatos superiores y propendió por darle viabilidad al sistema, no amerita que se declare nulo sino que se limite su aplicación, esto es, al grupo de docentes que se vincule con posterioridad al 27 de junio de 2003.

"(...) En esa medida y con la limitante de interpretación efectuada, no existe vulneración de derechos adquiridos (artículos 58 de la C.P. 11 de la ley 100 de 1993, 2.a ley 4ª de 1992) ni de previsiones que, con anterioridad a la ley 812 de 2003, pueden consolidar, en los docentes, prerrogativas pensionales (artículo 15 de la ley 91 de 1989). (...)

"Como la precisión y las previsiones adoptadas en los decretos enjuiciados, tendientes a darle viabilidad al sistema del que son beneficiarios los docentes, fueron proferidas dentro de la facultad reglamentaria del Presidente de la República (artículo 189-11 de la Constitución Política), queda sin sustento el motivo principal de inconformidad planteado en los dos procesos acumulados, circunstancia que impone denegar las súplicas de la demanda, con la aclaración de que el artículo 3º del decreto 3752 de 2003 debe entenderse, mientras estuvo vigente, referido únicamente a los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003 (...)". (Negritas y subrayas son del texto original).

Se deduce de la cita jurisprudencial, que el Consejo de Estado declaró la legalidad del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 mientras estuvo vigente, bajo el entendido de que el mismo se refiere únicamente a los docentes vinculados con posterioridad al 27 de junio de 2003. Dicho de otra manera, durante su vigencia, esa disposición no era aplicable a los docentes con vinculación anterior a esa fecha; por ende, su régimen prestacional es el previsto en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, tal como se plasmó párrafos arriba.

A manera de ilustración, y por encontrarse acorde con el criterio de este Despacho, se trae a colación la conclusión que sobre el tema tratado planteó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto emitido el 10 de agosto

⁹ - La ley 33 de 1985, señaló: "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."

- El artículo 21 de la ley 100 de 1993, indicó: "**INGRESO BASE DE LIQUIDACION. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE**" (Resaltado y subrayas fuera del texto).

- El Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, insistió: "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones".

de 2011 a petición del Ministerio de Educación Nacional¹⁰, en donde concluyó que el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 rigió durante el lapso comprendido entre el 23 de diciembre y el 24 de julio de 2007, y con base en ello hizo la siguiente precisión:

"(...) En este orden de ideas, teniendo en cuenta la modulación señalada en sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre los alcances del artículo 3o. del decreto 3752, su posterior derogatoria por la ley 1151 de 2007, lo dispuesto por la ley 812 de 2003 en su artículo 81, y en consideración al texto de la consulta formulada, se identifican 2 grupos de personas:

"- GRUPO 1: Integrado por los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003, es decir el 27 de junio de 2003; para este grupo el régimen prestacional aplicable es el establecido en las normas que como docentes los regían para esa fecha, es decir, la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes.

"Por tanto, si su pensión se causó durante la vigencia del artículo 3o. del decreto 3752 de 2003 y se liquidó y pagó con la fórmula establecida en dicha norma, tienen derecho al reajuste de la misma, con el fin de incluir los factores de liquidación contemplados en las normas que se encontraban rigiendo al momento de entrar en vigencia la ley 812 de 2003.

"- GRUPO 2: Conformado por quienes estando vinculados a otros sistemas o sectores al entrar en vigencia la ley 812 de 2003, es decir, el 27 de junio de ese año, ingresan por primera vez al sector público educativo oficial. En este grupo se pueden presentar dos hipótesis a saber:

"(i) Si dichas personas no se encontraban en el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no era posible que se les hubiese causado y liquidado la pensión durante la vigencia del artículo 3o. del decreto reglamentario 3752 del 2003, por cuanto no alcanzaban a reunir los requisitos para ello.

"(ii) Por el contrario, a las personas amparadas por el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se les tuvo que reconocer y liquidar la pensión de conformidad con la normatividad establecida para el sistema pensional al cual se encontraban afiliadas, y en consecuencia no tendrán derecho a solicitar el reajuste de su pensión, puesto que su reconocimiento se efectuó de conformidad con un régimen pensional diferente al de los docentes (...)"

Así las cosas, con fundamento en la jurisprudencia y el concepto reseñados en antecedencia, estima el Despacho que el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, mientras estuvo rigiendo, no le era aplicable al demandante en razón a que su vinculación al servicio público educativo oficial ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, antes de junio 27 de 2003. Por consiguiente, el reconocimiento de su pensión, se repite, debe sujetarse integralmente a los parámetros fijados en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de esa misma anualidad, en lo que concierne a la edad, tiempo y monto pensional, con inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

¹⁰ Consejero ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00 (2048), actor: Ministerio de Educación Nacional.

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 mencionada Ley, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, enuncia ciertos factores para efectos de liquidación de la pensión de jubilación¹¹, 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 transcribe¹²:

"(...) 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 3º 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 3º 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 2003¹³, 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 2006¹⁴, se expresó:

"La ley 33 de 1985 en el artículo 1º 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,

¹¹ "Artículo 3º. 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. (...)"

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 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 Anibal.

¹⁴ 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.

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 deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma¹⁵:

“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

¹⁵ 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.

el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.¹⁶

“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 devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación¹⁷(...)” (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.

6.2.3. DEL PROCESO DE NACIONALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN EDUCATIVA Y LA HOMOLOGACIÓN DE CARGOS

Sobre el desarrollo normativo de la homologación docente debe indicarse que mediante la Ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías y se dispuso que este servicio público estaría a cargo de la Nación, proceso este que se desarrolló entre el 1 de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980.

Posteriormente mediante el Decreto 2277 de 1979 (Estatuto Docente), se estableció el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñaban la profesión docente en los distintos niveles y modalidades del Sistema Educativo Nacional.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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).

Luego, mediante la Ley 91 de 1989 se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se establece que de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, diferenciando para el efecto entre el personal nacional (docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional), personal nacionalizado (docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975) y el personal territorial (docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975).

Así las cosas, con la Constitución de 1991 y con el fin de dar desarrollo a lo contenido en los artículos 151, 288, 356 y 357, se expide la Ley 60 de 1993, por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias, se distribuyen recursos y se dictan otras disposiciones, dando con ello apertura a la descentralización del servicio educativo y la desarticulación de la nacionalización de la educación liderada por la Ley 43 de 1975.

La ley 60 de 1993 estipuló en su artículo segundo respecto a la competencia de los Municipios en el sector educativo lo siguiente:

“Artículo 2º.- Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:

1.- En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- ***Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.***
- ***Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.***
- ***Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales (...)” (se resalta)***

De igual manera, el artículo 6º ibídem, precisó respecto a la administración del personal que:

“Artículo 6°.- Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute.

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

Las sumas por concepto de provisiones y aportes para la atención del pago de las prestaciones del personal docente del orden territorial a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán giradas al mismo por las entidades territoriales, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El valor actuarial del pasivo prestacional de las entidades territoriales, que deban trasladar al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se determinará, para estos efectos, con base en la liquidación que se realice con cada una de ellas, y será financiado con sus propios recursos.

El régimen de remuneración y las escalas salariales de todos los docentes de los servicios educativos estatales, que en adelante tendrán carácter de servidores públicos de régimen especial de los órdenes departamental, distrital o municipal, se regirá por el Decreto-ley 2277 de 1979 y demás normas que lo modifiquen y adicionen. Igualmente, sus reajustes salariales serán definidos de conformidad con la Ley 4a. de 1992.”

Así, fue conforme a dicho proceso de descentralización, que el personal docente que venía prestando sus servicios a la nación debió ser incorporado a la planta del respectivo ente territorial, previa homologación de los cargos, la cual debía hacerse teniendo en cuenta la denominación del cargo, funciones, responsabilidades y el régimen salarial y prestacional de los incorporados del orden nacional con los departamentales.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 715 de 2001, se buscó la municipalización del servicio educativo que había quedado a cargo de los departamentos, proceso que debía ser organizado conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, previo estudio técnico.

El artículo 1° de la referida disposición señaló que la financiación de los servicios cuya competencia se les asignaba a las entidades territoriales se haría a través del **Sistema General de Participaciones** y los artículos 34 y 38 establecieron expresamente el procedimiento a seguir para incorporar las plantas adoptadas por las entidades territoriales para la prestación del servicio educativo, evidenciándose entonces que el legislador y el ejecutivo asentaron claramente las medidas para la

transferencia del personal del orden nacional a las entidades territoriales, buscando primordialmente la equivalencia dentro de dicha homologación.

En cuanto a las competencias de los distritos y municipios certificados, dicha ley estableció que estaba en cabeza de los mismos el dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, así como el administrar y distribuir entre los establecimientos educativos de su jurisdicción con los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones.

Es así, como mediante la Resolución No. 2749 de diciembre de 2002, el Ministerio de Educación Nacional certificó al Municipio de Santiago de Cali para la administración autónoma de la educación.

Respecto a la asunción de los costos de homologación del personal administrativo al servicio de los establecimientos educativos, el H. Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, emitió el concepto radicado No. 1607 del 9 de diciembre de 2004, en el cual resuelve tres interrogantes formulados por el Ministerio de Educación sobre el tema¹⁸. En cuanto a las homologaciones que realizaren las entidades territoriales certificadas en virtud de lo establecido en la ley 715 de 2001, manifestó:

"En relación con el tema de la tercera pregunta, la ley 715 que desarrolla el Acto Legislativo No. 1 de 1991 dispuso que los recursos de la participación para educación del SGP se destinarán a financiar la prestación del servicio educativo y, entre otras actividades, el pago del personal docente y administrativo de las instituciones educativas públicas, las contribuciones inherentes a la nómina y sus prestaciones sociales - art. 15 -; que los compromisos que adquieran los departamentos, distritos y municipios certificados para la prestación de los servicios educativos a su cargo, cuando se adquieran con recursos del SGP, no podrán superar el monto de la participación para educación en la respectiva vigencia fiscal, certificada por el Departamento Nacional de Planeación, para cada entidad territorial; que los departamentos, distritos y municipios no podrán autorizar plantas de personal docente o administrativo a cargo del SGP que superen el monto de los recursos de éste y que con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones no se podrán crear prestaciones ni bonificaciones por parte de las entidades territoriales - art. 21 - y que a los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del SGP "(...) sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta" - art. 38 -.

La ley también fue clara al señalar que ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular o contratar empleados administrativos, con recursos diferentes de los del SGP, sin contar con los ingresos corrientes de libre destinación necesarios para financiar sus salarios y los demás gastos inherentes a la nómina incluidas las prestaciones sociales, en el corto, mediano y largo plazo. En ningún caso los administrativos vinculados o contratados con recursos propios podrán ser financiados con cargo al SGP, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil, disciplinaria y fiscal de quienes ordenen y ejecuten la vinculación o contratación. En ningún caso la Nación cubrirá gastos de personal distintos a los autorizados por la ley - art. 23 -. De esta manera la fijación de plantas de personal administrativo en las entidades territoriales

¹⁸ 1.- Deben las entidades territoriales, en virtud del principio de igualdad, proceder a homologar al personal administrativo que recibieron o reciban en virtud de la descentralización del servicio educativo? 2.- Debe la Nación asumir con cargo al Sistema General de Participaciones los costos de la homologación del personal administrativo realizado por las entidades territoriales durante la vigencia de la ley 60 de 1993? 3.- Debe la Nación asumir con cargo al Sistema General de Participaciones el costo de la homologación del personal administrativo que realicen las entidades territoriales certificadas en virtud de lo establecido en la ley 715 de 2001

se sujetó a las restricciones presupuestales y a los parámetros financieros y técnicos señalados, amén de que deberían ser organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios teniendo en cuenta los criterios establecidos en la ley y, específicamente, la racionalización, las implicaciones de la asunción del servicio y el cálculo de costos - arts. citados y 37 y 40.2 ibídem -, lo que las actas de entrega han de reflejar concretamente.

Por tanto, toda homologación de cargos y nivelación salarial que se efectúe como consecuencia de la incorporación de personal administrativo en atención al proceso de descentralización educativa ordenada por la ley 715, debe buscar la igualdad o equivalencia en las condiciones que se detallaron en el acápite correspondiente a los alcances de la ley 60 en relación con el mismo tema, de manera que si el respectivo municipio opta de modo autónomo por asignar un mayor grado de remuneración, contrariando los límites fijados en la ley 715, la carga económica correrá por su cuenta.

Ahora, si de forma excepcional, en cumplimiento de la ley el proceso de incorporación realizado conforme a derecho genera mayores costos que no alcancen a ser cubiertos con recursos del SGP y que no son de cargo de los departamentos, en atención a que la municipalización es la culminación de la descentralización del servicio educativo, en acatamiento del principio previsto en el inciso 6° del artículo 356 de la Carta, conforme al cual la descentralización de competencias lleva pareja la asignación de recursos fiscales suficientes, tal obligación debe asumirla la Nación. Este es también el sentido del artículo 1° de la ley 715 que dispone:

"Artículo 1o. Naturaleza del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Participaciones está constituido por los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación de los servicios cuya competencia se les asigna en la presente ley".

Al igual que lo hizo la ley 60 de 1993, el proceso de incorporación previsto en la ley 715 consagra en el artículo 37 el mecanismo de concertación entre la Nación, los departamentos, distritos y municipios para adoptar en forma conjunta las plantas de personal a fin de prevenir el descontrol de costos.

En conclusión, si existe disponibilidad para sufragar los mayores costos de la homologación, cuando se ha efectuado conforme a derecho, debe asumirlas el SGP y si así no ocurre serán de cargo de la Nación. Si la entidad territorial homologó e incorporó contrariando el orden jurídico superior, o los compromisos contenidos en actas, deben responder por las obligaciones derivadas de ellos con sus recursos propios y en cumplimiento de la concurrencia en la financiación de los servicios educativos a cargo del Estado, sin perjuicio de las acciones disciplinarias o de lesividad que resultaren pertinentes..." (se resalta)

Finalmente y frente al cuestionamiento sobre si la nación debe asumir con cargo al Sistema General de Participaciones el costo de la homologación del personal administrativo que realicen las entidades territoriales certificadas en virtud de lo establecido en la ley 715 de 2001, concluye que:

"En el evento de existir mayores costos con ocasión del proceso de homologación en virtud de lo dispuesto en la ley 715 de 2001, si el proceso se cumplió conforme a derecho y existe disponibilidad, debe asumirlas el SGP; si no existe disponibilidad, serán de cargo de la Nación. Si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico, responderá con sus recursos propios". (se resalta)

6.2.4. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

6.2.4.1. A través de Resolución No. 4143.3.21.7408 de noviembre 26 de 2007 expedida por la Secretaria de Educación del Municipio Santiago de Cali, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció y ordenó pagar en favor del demandante, pensión vitalicia de jubilación, por valor de \$1.209.349, a partir de marzo 22 de 2007, día siguiente a la adquisición del

status de jubilada, en virtud a que nació en marzo 21 de 1952 y acreditaba más de veinte (20) años de servicio, puesto que se posesionó como docente en septiembre 23 de 1993. 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**, reconociéndole únicamente la asignación básica¹⁹

6.2.4.2. Mediante Resolución 4143.0.21.22857 de abril 17 de 2015 expedida por la Secretaria de Educación del Municipio Santiago de Cali, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció y ordenó pagar en favor del demandante la reliquidación pensional tomándose como factores salariales únicamente la asignación básica,²⁰.

6.2.4.3. A través de Resolución No. 4143.0.21.2436 de abril 5 de 2016, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, se reconoció y ordenó pagar un ajuste a la reliquidación en favor del demandante, asignación básica y la prima de vacaciones²¹.

6.2.4.4. A folios 37 a 38 del expediente de septiembre 3 de 2015, reposa certificado de salarios devengados por el señor EDILBERTO LOZADA GUTIERREZ durante los años 2009 a 2016, expedidos por la Secretaria de Educación Municipal de Cali, de la cual se extrae que durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, es decir, diciembre 31 de 2013 a diciembre 29 de 2014, el demandante devengó factores salariales tales como: asignación básica, prima de servicios, prima de antigüedad, prima de navidad y prima de vacaciones²².

6.2.4.5. También se encuentra glosada fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor EDILBERTO LOZADA GUTIERREZ, donde se constata que nació en marzo 21 de 1952²³.

7. EL CASO CONCRETO

Aplicando todo lo anterior al caso concreto, se precisa que conforme a lo probado en el proceso, el demandante, señor EDILBERTO LOZADA GUTIERREZ, en su condición de docente adquirió su derecho pensional de conformidad con los requisitos señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, régimen general de

¹⁹ Folios 28 a 31 del cuaderno único

²⁰ Folios 33 a 35 del cuaderno único.

²¹ Folios 47 a 48 del cuaderno único.

²² Folios 37 a 38 ibídem.

²³ Folio 25.

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

En esa medida, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado arriba mencionada, la entidad demandada tenía que liquidar la pensión de jubilación del demandante con el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional, esto es, entre diciembre 31 de 2013 y diciembre 29 de 2014.

Así las cosas, como bien se indicó anteriormente, a folios 37 a 38 del expediente reposa certificación salarial expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali de la que se extrae que en el año anterior a la adquisición del status pensional, el demandante percibió los siguientes factores:

- asignación básica,
- prima de servicios docentes,
- prima de antigüedad,
- prima de navidad y
- prima de vacaciones docentes

Al analizar el acto de reconocimiento pensional²⁴, se puede observar que los factores incluidos para su liquidación prestacional fueron el promedio de la asignación básica, la prima de vacaciones y las horas extras devengada en el año anterior a la adquisición del status pensional; factores a los que se les aplicó una tasa de remplazo equivalente al 75%.

En conclusión, la liquidación pensional del demandante no tuvo en cuenta como factores: la prima de navidad, la prima de servicios y de antigüedad que efectivamente fueron devengadas.

Es del caso mencionar, que dicha la prima de antigüedad devengada por el actor fue creada por el mismo Ente Territorial mediante el Decreto 0216 del 18 de febrero de 1991²⁵, que entró en vigencia el 1 de enero de 1991, según lo indica su artículo 60.

²⁴ Folios 28 a 31

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

Lo anterior 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 del 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 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.

²⁶ Expedida el 6 de julio de 1991.

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.

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. 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, para determinar si un factor salarial extralegal reconocido por una entidad territorial puede o no ser incluido como factor salarial en la 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, y analizando el caso concreto, tenemos que la disposición territorial que creó las primas extralegales de servicio y antigüedad devengadas por el demandante, valga decir, el Decreto 0216 del 18 de febrero 1991, fue expedida con posterioridad al año 1968, esto es, en vigencia de la Constitución Política de 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, razón suficiente para concluir que las primas de servicio y antigüedad devengadas por el demandante no pueden ser incluidas en su liquidación pensional.

Ahora, respecto prima de navidad, por disposición legal³¹ constituye factor salarial a efectos de liquidar pensión, aspecto que fue reiterado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada párrafos arriba.

³¹ **Decreto 1045 de 1978**, "por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional (...)"

Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;**
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;

Referente al factor denominado, bonificación mensual, es menester precisar que fue consagrada en el Decreto 1566 de 2014, estableciendo en el artículo 1 ibídem que los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto-ley 2277 de 1979, el Decreto-ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones.

Dicho artículo precisó que la prestación en mención constituye factor salarial para todos los efectos legales.

Por lo tanto, al haber sido reconocida y pagada dicha bonificación al demandante y tener la misma el carácter de factor salarial, debe ser incluida en el ingreso base de liquidación pensional.

Precisado lo anterior se tiene que al confrontar el certificado de salarios³² y el acto administrativo acusado³³, se puede observar que en este último se incluyó, en el ingreso base de liquidación, únicamente la asignación básica y la prima de vacaciones, NO incluyó, prima de navidad (artículo 45, literal f del Decreto 1045 de 1978).

Corolario de lo anterior, al no haberse liquidado la pensión en la forma señalada por la jurisprudencia del Consejo de Estado indicada precedentemente, resulta viable declarar la nulidad parcial de la **Resolución No. 4143.0.21.2436 de abril 5 de 2016**, por medio de la cual la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó pagar pensión de jubilación al demandante.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reliquide la pensión de jubilación del demandante sobre setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de todos los factores salariales devengados **durante el año anterior a la adquisición del status**, que va de diciembre 31 de 2013 a diciembre 29

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968".

³² Folios 10-13 del expediente.

³³ Resolución No. 4143.0.21.1158 de febrero 10 de 2016, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, glosada a folios 3 a 5 del expediente.

de 2014, incluyendo en el IBL la asignación básica, bonificación mensual, prima de vacaciones, prima de navidad y horas extras, con efectos a partir de diciembre 30 de 2014.

Consecuente de lo anterior, se dispondrá que la entidad demandada podrá realizar los descuentos de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal correspondiente, pues así lo ha indicado el Consejo de Estado, al explicar que:

"(...) la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional (...)"³⁴.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor de la actora, los valores serán ajustados en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social dejada de percibir por la demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago de la obligación).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación (v. gr. mesada pensional o su diferencia, etcétera), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Los intereses, si los hubiere, serán reconocidos en la forma señalada en el inciso 3º del artículo 192 y el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

8. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Con relación a la prescripción, se tiene que el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, prevé que las acciones derivadas de los derechos consagrados en el mismo

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. Rad. 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila."

prescriben en tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe por lapso igual con el simple reclamo escrito que haga el empleado o trabajador del derecho respectivo. Esta disposición fue reiterada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

El consejo de Estado se refirió frente a las normas en comento en los siguientes términos:³⁵

"(...) Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968³⁶ y 102 del Decreto 1848 de 1969³⁷ que disponen: "Las acciones estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible (...)"

"Contempla el mismo artículo que el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

"Retomando las normas citadas en el párrafo anterior en relación con la prescripción de los derechos laborales, se debe partir del presupuesto de que el derecho sobre el cual se solicita el reconocimiento administrativo y/o judicial debe encontrarse en su momento de exigibilidad, para que a partir de allí, se empiece a contabilizar el término de su prescripción. Es decir, el prerrequisito de la aplicación de la prescripción del derecho, es que éste se encuentre en el estado jurídico de la exigibilidad (...)"

Surge de lo anterior que las prestaciones laborales de los empleados públicos y trabajadores oficiales prescriben en el término de tres años, y que cuando el trabajador o empleado formula petición reclamando el derecho respectivo ese término se interrumpe por un lapso igual.

Igualmente precisa el Consejo de Estado que la prescripción debe contabilizarse a partir del momento en que el derecho reclamado verdaderamente se haga exigible.

De otra parte, de cara al derecho a la pensión la jurisprudencia del Consejo de Estado reiteradamente ha afirmado que si bien el derecho es imprescriptible, el cobro de las mesadas debe ser oportuno, por cuanto estas o sus diferencias si son susceptibles de la prescripción extintiva³⁸.

³⁵Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda –Sala de Conjueces, Sentencia de Unificación de 18 de mayo de 2016, Exp. Rad. 25000-23-25-000-2010-00246-02 (0845-15), C.P: JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA (Conjuez).

³⁶Artículo 41, Decreto 3135 de 1968: "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual".

³⁷Artículo 102, Decreto 1848 de 1969: "1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual".

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 2 de agosto de 2007, Exp. Rad. 4710-05, C. P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Actor: Luz Marina Manonegra de Montaña; Demandado: Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital -FAVIDI-. **"(...) REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION – El derecho no prescribe sino las diferencias que surgen luego de aplicarlo.**

No es posible declarar la prescripción del derecho al reajuste contemplado en la Ley 6ª de 1992, pues el mismo no prescribe por estar reconocido en ésta norma, lo que prescribe son las diferencias que surgen, cuando se aplica el reajuste a la mesada pensional y ésta incide en el valor de las futuras.

De otra parte, de cara al derecho a la pensión la jurisprudencia del Consejo de Estado reiteradamente ha afirmado que si bien el derecho es imprescriptible, el cobro de las mesadas debe ser oportuno, por cuanto estas o sus diferencias si son susceptibles de la prescripción extintiva³⁹.

Bajo las anteriores consideraciones, se observa que en el caso concreto el derecho pensional se causó desde abril 29 de 2014 y la solicitud de ajuste a la reliquidación, se presentó en febrero 12 de 2016⁴⁰, en consecuencia, estaría prescritas las mesadas causadas con anterioridad a febrero 12 de 2013. Como el reconocimiento es posterior a dicha fecha no hay prescripción.

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.⁴¹, 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 interpretación⁴²:

*"(...) 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

(...)"

³⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia de 2 de agosto de 2007, Exp. Rad. 4710-05, C. P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Actor: Luz Marina Manonegra de Montaña; Demandado: Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital -FAVIDI-. "(...) REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION – El derecho no prescribe sino las diferencias que surgen luego de aplicarlo.

No es posible declarar la prescripción del derecho al reajuste contemplado en la Ley 6ª de 1992, pues el mismo no prescribe por estar reconocido en ésta norma, lo que prescribe son las diferencias que surgen, cuando se aplica el reajuste a la mesada pensional y ésta incide en el valor de las futuras.

(...)"

⁴⁰ Folio 12 del Cuaderno único. No es en febrero 15 de 2016, como lo dice la demanda

⁴¹ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁴² 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.

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 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

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

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

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por la apoderada judicial de la entidad demandada, incluida prescripción.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución N° 4143.0.21.2857 de abril 17 de 2015, proferida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoce la RELIQUIDACIÓN de pensión a favor del demandante, señor EDILBERTO LOZADA GUTIERREZ

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 4143.0.21.2436 de abril 5 de 2016, por medio de la cual la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó pagar pensión vitalicia de jubilación al demandante, señor EDILBERTO LOZADA GUTIERREZ.

CUARTO: En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que reliquide la pensión de jubilación del demandante sobre el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de todos los factores salariales devengados **durante el año anterior a la adquisición del status**, que va desde diciembre 31 de 2013 a diciembre 29 de 2014, incluyendo en el ingreso base de liquidación (IBL) prima de vacaciones, prima de navidad, con efectos a partir de diciembre 29 de 2014.

CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar al demandante las diferencias pensionales dejadas de percibir, resultantes entre lo que se pagó como consecuencia del reconocimiento pensional realizado y lo que debió pagarse tras realizar la respectiva reliquidación de conformidad con la parte motiva de esta providencia y los factores relacionados en el numeral anterior, a partir de diciembre 29 de 2014.

Dichas sumas se ajustarán dando aplicación a la fórmula indicada hasta la ejecutoria de la sentencia y devengarán intereses moratorios a partir de dicho momento, siguiendo las indicaciones del artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones incluida, la de reliquidación pensional con inserción de los factores de prima extralegal de servicios y antigüedad devengados por el demandante, según se indicó en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: NO CONDENAR en costas en esta instancia, tal como se expuso en la parte considerativa de esta sentencia.

SÉPTIMO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

OCTAVO: En firme la presente sentencia, comunicar a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el

inciso último del artículo 203 del C.P.A.C.A.

NOVENO: LIQUIDAR los gastos del proceso y **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVAR** 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

6191