

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 016

Santiago de Cali, febrero siete (7) de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación: 76-001-33 33-005-2015-00042-00
Demandante: José Alfredo Sánchez Parra
Demandado: Departamento del Valle del Cauca

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 JOSÉ ALFREDO SÁNCHEZ PARRA en contra del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en:

- Resolución No. 1258 de junio 11 de 2003 *“Por medio de la cual se resuelve una petición”*, proferida por Profesional Especializada del Área de Nómina y Prestaciones Sociales de la Gobernación del Valle del Cauca.
- Resolución No. 1412 de julio 3 de 2003 *“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición”*, proferida por Profesional Especializada del Área de Nómina y Prestaciones Sociales de la Gobernación del Valle del Cauca.

- Resolución No. 581 de marzo 5 de 2007 *“Por la cual se resuelve una petición de pensión de jubilación”*, proferida por la Secretaría de Desarrollo Institucional y otros secretarios de la Gobernación del Valle del Cauca.
- Resolución No. 139 de mayo 17 de 2007 *“Por medio de la cual se resuelve un recurso”*, proferida por el Secretario Jurídico de la Gobernación del Valle del Cauca.
- Oficios APS 2856 de octubre 7 de 2008, APS -3353 de noviembre 21 de 2008 y APS 1073 de abril 30 de 2009, proferidos por el Coordinador Área Prestaciones Sociales de la Gobernación del Valle del Cauca.
- Resolución No. 0570 de junio 23 de 2010 *“Por la cual se resuelve una petición de pensión de jubilación”*, proferida por la Secretaria de Desarrollo Institucional de la Gobernación del Valle del Cauca.
- Resolución No. 750 de septiembre 16 de 2010 *“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición”*, proferida por la Secretaria de Desarrollo Institucional de la Gobernación del Valle del Cauca.
- Resolución No. 228 de octubre 4 de 2010 *“Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación”*, proferida por el Secretario Jurídico de la Gobernación del Valle del Cauca.
- Y se declare la nulidad del acto administrativo ficto por la no contestación de la petición radicada en abril 21 de 2014, donde se solicitaba el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, donde la entidad demandada guardó silencio. Actos administrativos que negaron al demandante el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación.

1.2. Que se declare a la entidad demandada, a reconocer, liquidar y cancelar la pensión mensual vitalicia de jubilación al actor en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en que cumplió su status pensional.

1.3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a la entidad demandada a cancelar al actor el retroactivo de las mesadas pensionales

causadas y no canceladas hasta la fecha de regulación de pago de las mismas.

- 1.4. La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustarán conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
- 1.5. Para el cumplimiento de la sentencia, se ordene dar aplicación a los artículos 189, 192 y 195 ibídem.
- 1.6. Condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

2. HECHOS

- 2.1. El señor JOSÉ ALFREDO SÁNCHEZ PARRA, es profesional de la educación cuya base académica es Maestro Bachiller Licenciado, especializado en Física y Matemática, perteneciente a la carrera docente en el escalafón Grado 7.
- 2.2. Por medio del Decreto Departamental 408 de marzo 31 de 1980, fue nombrado como Instructor Auxiliar de Electricidad en el Centro de Capacitación Popular de Adultos “Alfonso López Pumarejo” de Cali.
- 2.3. Los salarios y prestaciones sociales le son cancelados directamente por el Departamento del Valle del Cauca.
- 2.4. El ente territorial nunca afilió al demandante al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a los Decretos 2370/97 y 2121/98, afiliándolo de manera ilegal al ISS en el año 1995, desconociendo la norma que rige para los docentes siendo esta de carácter especial.
- 2.5. El demandante cuenta con un tiempo de servicio de más de 33 años y nació en septiembre 8 de 1952, siendo beneficiario de la pensión de jubilación como docente a los 55 años de edad conforme a la Ley 33 de 1985, y del privilegio de recibir pensión y seguir trabajando hasta cumplir con la edad de retiro forzoso.
- 2.6. El señor Sánchez Parra radicó en varias oportunidades desde el año 2003, la documentación necesaria para el reconocimiento y pago de su pensión de

jubilación, y la entidad demandada por medio de los actos administrativos acusados le negó este derecho, porque consideran que no pertenece al régimen pensional docente y que es el ISS (hoy Colpensiones) quien debe reconocerle la pensión.

- 2.7.** En abril 21 de 2014, a través de apoderado, el actor radicó nuevamente solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación como Docente Departamental; pero a la fecha de presentación de la demandada, la entidad demandada no había resuelto tal petición, configurándose el silencio administrativo negativo.

3. NORMAS VIOLADAS

Invoca como tales:

- Constitucionales: artículos 13, 53 y 58.

- Legales: Decreto 2727 de 1979, artículo 36; Ley 91 de 1989; Decreto 2370 de 1997; Decreto 2121 de 1998; Ley 115 de 1994; Ley 33 de 1985; Ley 100 de 1993, artículo 279; artículo 138 del C.P.A.C.A (Ley 1437 de 2011); Ley 153 de 1887; y jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y de la Corte Constitucional para casos semejantes.

33 de 1985, Art. 1; 100 de 1993, Art. 36; 1395 de 2010, Art. 114; y 1437 de 2011, Art. 10 y 102.

4. CONCEPTO DE VIOLACION

El apoderado del demandante hace referencia al régimen jurídico de la pensión de jubilación de los docentes, destacando la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Concluye que si el inciso 2º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, excluye a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del Sistema Integral de Seguridad Social, el régimen pensional de aquellos es el establecido en la Ley 33 de 1985, toda vez que ni la Ley 91 de 1989, ni las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 consagran un régimen especial para ellos.

Señala que la entidad demandada negó la pensión del demandante desconociendo el régimen especial de docente y concluyendo que es el ISS (hoy Colpensiones) quien debe reconocer la pensión.

Indica que el Departamento del Valle del Cauca mediante Decreto No. 408 de marzo 31 de 1980, nombró al actor como Instructor Auxiliar de Electricidad en el Centro de Capacitación Popular para adultos Alfonso López Pumarejo; luego, a través de Decreto 1618 de noviembre 14 de 1986, lo incorporó a la planta de cargos del personal docente de la Secretaría de Educación Departamental, como instructor en el citado centro de capacitación; posteriormente mediante Resolución No. A 93006 de 2002, lo ascendió en el Escalafón Nacional Docente al Grado 7.

De acuerdo con lo anterior, precisa que el señor Sánchez Parra es docente y su tiempo laborado como tal le ha servido para estar inscrito y ascender en el escalafón docente. Igualmente, en tal condición, se le cancela prima de vacaciones docente.

Expone que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en sentencia de segunda instancia No. 263 de agosto 9 de 2011, concedió la pensión como docente departamental aplicando el principio de la primacía de la realidad frente a las formalidades; precedente y principio que pide, también sean aplicados al presente caso.

Indica que las razones expuestas deben llevar a este Despacho a declarar que los actos acusados se encuentran afectados de nulidad.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada a través de apercibida refiere que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asigna la competencia de administración del régimen de prima media al Instituto de Seguros Sociales, por lo que el Departamento del Valle del Cauca no es competente para asumir el reconocimiento y pago de la pensión del demandante, dado que no administra dicho régimen.

Menciona que el inciso segundo del artículo 5 del Decreto 1063 de junio 23 de 1995 establece que:

“(…)

Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente”.

Resalta que a partir de la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, todas las entidades públicas debían afiliar a sus empleados y trabajadores a un fondo de pensiones, el cual, una vez cumplidos los requisitos de edad y tiempo de servicio, asumirá el reconocimiento de la pensión a que haya lugar, pensión que será financiada con el bono pensional y los aportes realizados a partir de la fecha de afiliación. Por lo tanto, el demandante debe presentar la solicitud ante el Instituto de Seguros Sociales, entidad a la que fue afiliado desde agosto 1 de 1995.

Dice que bajo los anteriores argumentos, mediante Resolución No. 228 de octubre 4 de 2010, el Secretario de Desarrollo Institucional del Departamento del Valle del Cauca negó la revocatoria de la Resolución No. 0570 de junio 23 de esa misma anualidad.

Finalmente se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y formula las excepciones de (i) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, e (ii) INNOMINADA.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante:

El apoderado del demandante señala que en el presente caso está demostrado que el actor ostenta la calidad de docente, el cual se rige por normas de régimen especial.

Considera que debe rechazarse la solicitud de la parte demandada en el sentido de que se integre a COLPENSIONES o que ésta está legitimada en la causa para reconocer la pensión, puesto que la misma Ley 100 de 1993 estableció que los docentes, militares y demás no pueden ser afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social por el régimen especial que se les aplica.

Afirma que la entidad demandada desconoció la norma antes citada y lo afilió al Seguro Social en el año 1995; por lo que en caso que la entidad demandada resulte condenada, deberá reclamar ante el ISS (hoy COLPENSIONES) los aportes realizados de manera ilegal, para que éstos sirvan de soporte para el pago pensional del actor.

Destaca que el demandante es docente porque es maestro bachiller licenciado, especializado en Física y Matemática, perteneciente a la carrera docente en el escalafón grado 7. De igual manera, mediante Decreto Departamental No. 408 de marzo 31 de 1980, fue nombrado como Instructor Auxiliar de Electricidad en el Centro de Capacitación Popular para Adultos Alfonso López Pumarejo de Cali, nombramiento que es de carácter departamental.

Refiere que el actor ha laborado en el cargo antes mencionado desde el 31 de enero de 1980 hasta la fecha, por espacio de 33 años, y tiene 62 años de edad porque nació el 8 de noviembre de 1952. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el régimen aplicable es el previsto en la Ley 6ª de 1945 concordante con la Ley 33 de 1985, que establece como estatus pensional 20 años de servicio y 55 años de edad, para una pensión mensual vitalicia equivalente al 75% del salario y factores salariales devengados en el último año.

Estima que el Despacho debe acoger el precedente jurisprudencial unificado tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, que cuando el demandante cumplió la edad de 55 años la sentencia unificadora de la Corte Constitucional sobre la no aplicación de la transición no procede, porque se le estaría vulnerando la seguridad jurídica del derecho adquirido bajo la norma anterior antes de la expedición de dicho precedente.

Sostiene que era obligación del Departamento del Valle del Cauca afiliarlo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque la misma Ley 100 en su artículo 279 excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social. Al haber omitido tal obligación y haberlo afiliado de manera ilegal al ISS (hoy COLPENSIONES), debe el Ente Departamental responder por la pensión reclamada conforme al artículo 90 de la Constitución Política.

Agrega que el demandante tiene derecho a todos los beneficios como docente de conformidad con el Decreto 2277 de 1979. Igualmente, puede percibir la pensión retroactivamente y seguir percibiendo salario en la Administración Departamental hasta que cumpla la edad de retiro forzoso.

Pide que se acceda a las pretensiones de la demanda.

6.2. Parte demandada:

El apoderado de la entidad demandada se ratifica en la contestación de la demanda y pide que se nieguen las pretensiones de la demanda.

6.3. Agente del Ministerio Público:

Refiere que está probado en el proceso que el demandante ostenta la calidad de docente, aspecto sobre el cual no hay discusión alguna.

Se remite a las excepciones de aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, de que trata el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en especial la del inciso segundo dirigida a los docentes Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de lo que deviene la obligación de que estos servidores públicos sean afiliados a dicho Fondo.

Precisa que los docentes tienen un régimen prestacional especial contenido en la Ley 115 de 1994, Ley 91 de 1989 y la Ley 60 de 1993. Que del Decreto 196 de 1995 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, se establece la obligación que tenían los entes territoriales de afiliar a los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Que el artículo 5 del aludido decreto indica el trámite y el procedimiento que se debe llevar a cabo para efectos de la afiliación correspondiente, y el artículo 7 ibídem contiene la obligación de los entes territoriales de reconocer las prestaciones sociales de los docentes causadas con anterioridad a la afiliación al mencionado Fondo.

Afirma que era obligación del ente territorial demandado realizar la afiliación del demandante en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no lo hizo, sino que obviando el régimen especial pensional que le asiste lo afilio al ISS, es decir, dándole aplicación al régimen general de los empleados públicos.

Señala que es tan clara la obligación que les asistía a los entes territoriales, que el Gobierno Nacional mediante decreto 2121 de octubre 21 de 1998, fijó un nuevo plazo de 6 meses para que los entes territoriales afilaran a los docentes departamentales, distritales y municipales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de conformidad con los decretos 196 de 25 de enero de 1995 y 2370 de septiembre de 1997.

Por consiguiente, dice, dando aplicación y haciendo extensiva la obligación contenida en el artículo 7 del Decreto 196 de 1995, la entidad demandada debe asumir las responsabilidades que se generaron con tal obligación.

Interpreta el artículo 15 de la L 91 de 1989 y concluye que a los docentes se les aplica el régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985.

Concluye que como la entidad demandada incumplió con la obligación de afiliación del demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entonces debe asumir la responsabilidad del pago de este tipo de prestación social. Concuera con lo manifestado por el apoderado de la parte demandante en el sentido que el Departamento del Valle del Cauca debe pedir al ISS (hoy COLPENSIONES) la devolución de los aportes para que de esta manera asumir la obligación de manera personal o privativa. Además, debe reconocer la pensión de jubilación en los términos del régimen especial que cobija al demandante.

Pide que se acceda a las pretensiones de la demanda.

7. CONSIDERACIONES

7.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

El despacho se abstendrá de resolver preliminarmente las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, puesto que las mismas serán analizadas y resueltas dentro de las presentes consideraciones.

7.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar, inicialmente si el demandante ostenta la calidad de docente y, por ende, le asiste el derecho a ser afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; en consecuencia, si el Departamento del Valle del Cauca está obligado a reconocerle y pagarle la pensión de jubilación conforme al régimen pensional aplicaba a los docentes oficiales, en razón de su omisión de afiliarlo al referido Fondo.

7.3. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

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

- (i)** Obligación de las entidades territoriales de afiliar a los docentes territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;

- (ii) Régimen pensional de los docentes oficiales;
- (iii) Identificar los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación pensional en el caso concreto.
- (iv) Relación de hechos probados y análisis del caso concreto.

7.3.1. OBLIGACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES DE AFILIAR A LOS DOCENTES TERRITORIALES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

La Ley 60 de 1993¹, en el inciso cuarto del artículo 6°, estableció la obligación de afiliar a los docentes territoriales (de vinculación departamental, distrital y municipal) al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el siguiente tenor literal:

*“...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.** (Se resalta).*

La anterior disposición fue reglamentada a través del Decreto 196 de 1995², en cuyo artículo 2o define a los docentes departamentales, distritales y municipales en los siguientes términos:

“Docentes Departamentales, Distritales y Municipales:

- a) Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal;
- b) Son Igualmente los docentes financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales”.

Frente a la primera clasificación de docentes departamentales, distritales y municipales indicada en la norma precitada, el artículo 5º ibídem precisó que (i) los que estén vinculados a la fecha de vigencia de ese decreto, serían incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento y el

¹ “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

² “por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”.

cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, y se les respetaría el régimen prestacional que tuvieran al momento de la incorporación; y (ii) los que se vinculen a dicho Fondo con posterioridad a la incorporación de que trata el ordinal anterior, deben cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza forma o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 6º del Decreto 2370³ de 1997 fijó a las entidades territoriales un plazo no superior a un (1) año contado a partir de su expedición, para afiliar a los docentes de vinculación departamental, distrital y municipal.

El Presidente de la República, a través del artículo 1º del Decreto 2121 de 1998, estableció un nuevo plazo de seis (6) meses, contados a partir de la publicación de ese decreto, "...para que las entidades territoriales afilien al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a los docentes departamentales, distritales y municipales, de conformidad con los Decretos 196 del 25 de enero de 1995 y 2370 de 22 de septiembre de 1997".

Surge del anterior marco normativo que a partir de la vigencia de la Ley 60 de 1993 las entidades territoriales tenían la obligación de afiliar a los docentes de vinculación departamental, distrital y municipal al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que a aquellos docentes financiados con recursos propios del ente territorial se les respeta el régimen prestacional que tuvieran al momento de la incorporación.

7.3.2. RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social establecido en esa ley, entre otros, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo son compatibles con pensiones o cualquiera clase de remuneración.

Con relación al régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados la Ley 91 de 1989, en el numeral 1 del artículo 15 expresa:

³ "por el cual se complementan algunas normas del Decreto 196 de 1995".

“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 1° de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° 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”.

Sobre esta disposición el Consejo de Estado hizo el siguiente análisis:⁴

“De lo anterior se tiene que los docentes nacionales vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les reconocerá una pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del sector público, que estuvo regulado por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se efectuará de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes”.

Del inciso cuarto del artículo 6° de Ley 60 de 1993⁵, transcrito líneas arriba, se colige que los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales de educación en las condiciones allí señaladas y las nuevas vinculaciones, en materia prestacional se rigen por la Ley 91 de 1989. Y el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal, se rige por el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

En punto a este tema el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo hizo el siguiente pronunciamiento:⁶

“De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la pensión de jubilación – ordinaria o derecho prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de origen “ordinario”, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la ley pensional “ordinaria” pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia marzo 9 de 2017, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente: 680012331000201200148 01 (N.I. 0129-2014).

⁵ *“Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.*

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Bogotá 23 de febrero del 2006. Expediente 2002 – 0594; sentencia citada en sentencia de marzo 9 de 2017 de la misma Subsección, dentro del expediente 68001233100020120014801 (N.I. 0129-2014), con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez.

régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100 de 1993". (Se resalta con negrilla).

De la anterior interpretación jurisprudencial, se infiere que en relación con la pensión de jubilación –ordinaria o derecho prevista en la Ley 91 de 1989, los docentes territoriales están sometidos a la ley pensional “ordinaria” pertinente, es decir, al régimen general de pensiones de los servidores públicos, por cuanto los entes territoriales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; ello, sin perjuicio de los eventos de que trata el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Posteriormente la Ley 115 de 1994 –ley general de educación-, previó en la parte final del inciso primero del artículo 115 que “...*El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley*”.

Luego, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 dispuso:

“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”.

Asimismo, 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:

“Artículo 1° (...)

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

(...)”.

Se extracta de las dos normas que anteceden, que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que estaban vinculados al servicio público educativo oficial al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003), sigue siendo el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales que regían para esa fecha, esto es, Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de

1994, y demás normas concordantes. Contrario sensu, los docentes vinculados con posterioridad a esa fecha, tienen los derechos del régimen de prima media regulado en la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, 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.

Ahora, el Consejo de Estado ha sido reiterativo en indicar que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales al que aluden las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición en ella previsto. En sentencia de abril 7 de 2011 la alta Corporación al respecto concluyó:⁷

“(...) 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”.

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

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

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

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

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

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

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

⁷ 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).

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, en primer lugar, es menester destacar que el demandante tiene la calidad de docente toda vez que presta sus servicios como Instructor Auxiliar de Electricidad en el Centro de Capacitación Popular para Adultos de Cali desde enero 2 de 1980⁸, siendo incorporado como docente a la planta de cargos de la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca mediante Decreto Departamental No. 1618 de noviembre 14 de 1986⁹, cargos que, a su vez, fueron fijados a través del Decreto Departamental No. 1618 Bis de noviembre 14 de 1986¹⁰. Adicionalmente, se encuentra inscrito en el grado 07 del Escalafón Nacional Docente como Maestro Bachiller –Licenciado -especialidad: Física y Matemática, según Resolución A 93006 diciembre 3 de 2002¹¹.

En esa medida, se establece que el vínculo del demandante como docente ocurrió antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y, por consiguiente, le es aplicable el régimen pensional de los docentes que regía con anterioridad a dicha norma, el cual, como se vio, es el establecido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición allí indicado.

De otra parte, cabe señalar que el demandante no se encuentra dentro del régimen de transición o de excepción de la Ley 33 de 1985, dado que los docentes oficiales no se

⁸ Según certificado de servicios visto a folio 238 del cuaderno único.

⁹ Folios 97 a 104 cuaderno único.

¹⁰ Folios 105-109.

¹¹ Folio 64.

no gozan de un régimen especial de pensiones ni a la entrada en vigencia de la misma (febrero 13 de 1985), había cumplido 15 años de servicios, en tanto empezó a laborar en el Departamento del Valle del Cauca en enero 2 de 1980¹², lo que indica que a la entrada en vigencia, solo llevaba 5 años 1 mes y 11 días de servicio.

Es por ello, que al señor JOSÉ ALFREDO SÁNCHEZ PARRA, 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.

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

En punto a este tema, pertinente es hacer mención de los alcances del artículo 3º del Decreto 3752 de 2003¹³, 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 2007¹⁴; 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 a julio 24 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, señaló¹⁵:

¹² Según certificado de servicios visto a folio 5 del cuaderno único.

¹³ “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”

¹⁴ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.

¹⁵ 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.

*“(…) **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 2003¹⁶, 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 (lbi)** (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 - lbi**).*

*“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 disposiciones de rango constitucional¹⁷ 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

¹⁶ 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.

¹⁷ - 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”.**

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 de 2011 a petición del Ministerio de Educación Nacional¹⁸, 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 (...)"

¹⁸ Consejero ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, radicación número: 11001-03-06-000-2011-00004-00 (2048), actor: Ministerio de Educación Nacional.

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 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.

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 jubilación¹⁹, 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 transcribe²⁰:

“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*

¹⁹ “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. (...)”.

²⁰ 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).

retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

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

“No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.²¹

“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 prestación²²(...)”.

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.

7. HECHOS PROBADOS Y CASO CONCRETO

En el proceso se encuentra probado que el demandante es un docente de vinculación departamental (territorial) en tanto presta sus servicios al Departamento del Valle del Cauca como Instructor Auxiliar de Electricidad desde enero 2 de 1980²³, cargo que fue incorporado a la planta de cargos de la Secretaría de Educación de dicho Ente

²¹ 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.

²² 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).

²³ Según certificado de servicios visto a folio 238 del cuaderno único.

Territorial mediante los Decretos Departamentales No. 1618 y 618 Bis de noviembre 14 de 1986²⁴.

Al respecto se agrega, que su nombramiento se efectuó en el Decreto Departamental No. 2560 de noviembre 30 de 1979, aclarado a través del Decreto Departamental No. 408 de marzo 31 de 1980, tomando posesión en mayo 5 de 1980, con efectos retroactivos a partir de enero 2 de esa misma anualidad²⁵.

Igualmente consta en el expediente que el señor José Alfredo Sánchez Parra, se encuentra inscrito en el grado 07 del Escalafón Nacional Docente como Maestro Bachiller –Licenciado -especialidad: Física y Matemática, según Resolución A 93006 diciembre 3 de 2002²⁶.

Asimismo, se tiene que mediante Resolución No. 1258 de junio 11 de 2003 la Secretaría de Desarrollo Institucional de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, negó solicitud de pensión de jubilación impetrada por el demandante, argumentando no cumplir el requisito edad exigido. Este acto fue confirmado en la Resolución No. 1412 de junio 3 de 2003, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el peticionario²⁷.

A través de Resolución No. 581 de marzo 5 de 2007 la misma Secretaría de Desarrollo Institucional negó la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación elevada por el actor, aduciendo no cumplir el requisito edad y que la entidad competente para resolver tal petición es el Instituto de Seguros Sociales, Fondo al que viene realizando las cotizaciones desde agosto 1 de 1995. Esta decisión fue confirmada a través de Resolución No. 139 de mayo 18 de 2007, al desatarse el recurso de apelación formulado por el peticionario²⁸.

En la Resolución No. 0570 de junio 23 de 2010, la Secretaría en mención negó nuevamente el reconocimiento de la pensión de jubilación elevada por el demandante, indicando para ello que el señor Sánchez Parra se encuentra afiliado al Fondo de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales desde agosto 1 de 1995 y, por ende, es dicho Instituto el competente para reconocer la prestación solicitada. Por Resolución No. 0750 de septiembre 16 de 2010 y 228 de octubre 4 de 2010, se resolvieron

²⁴ Folios 97 a 109 cuaderno único.

²⁵ Folios 5, 60 y 176.

²⁶ Folio 64.

²⁷ Folios 57 y 58.

²⁸ Folios 154-157 y 1333-136.

adversamente los recursos de reposición y de apelación presentados por el actor contra el acto antes señalado, respectivamente, es decir, confirmaron el acto recurrido²⁹.

El demandante presentó nueva solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación ante el Departamento del Valle del Cauca en abril 21 de 2014, la cual no fue contestada, configurándose el fenómeno jurídico del silencio administrativo negativo y surgiendo un acto ficto o presunto.

En resumen, la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada por el demandante, aduciendo no tener competencia para ello toda vez que éste se encuentra afiliado al Sistema General de Pensiones a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (hoy COLPENSIONES) desde agosto 1 de 1995³⁰, y, en consecuencia, es a esta administradora de pensiones a quien corresponde el reconocimiento y pago de dicha prestación.

El señor José Alfredo Sánchez Parra pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales la entidad demandada negó su solicitud de reconocimiento pensional y consecuentemente se condene a este Ente Territorial al reconocimiento y pago de tal prestación, liquidándola sobre el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios en que cumplió su estatus pensional.

Frente a este tema, conforme al análisis plasmado en acápite anteriores lo primero que hay que afirmar, es que el demandante es un docente de vinculación departamental y, en tal calidad, de acuerdo con lo indicado en el inciso cuarto del artículo 6º de la Ley 60 de 1993, en armonía con los artículos 5º del Decreto 196 de 1995, 6º del Decreto 2370 de 1997 y 1º del Decreto 2121 de 1998, tiene derecho a ser afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad demandada, la obligación de surtir dicha afiliación.

Como el Departamento del Valle del Cauca incumplió con tal obligación y, por el contrario, procedió a afiliarlo al Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, le corresponde reconocer y pagar la pensión de jubilación reclamada por el actor, pues el

²⁹ Folios 28 a 33.

³⁰ Tales como: (i) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, (ii) la situación más favorable para el trabajador, (iii) primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, (iv) garantía a la seguridad social, y (v) garantía al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

artículo 7º del Decreto 2370 de 1997 consagra que cuando como consecuencia de una decisión judicial, se genere algún tipo de obligación, la misma estará a cargo de la entidad territorial responsable de la respectiva prestación.

Ahora, es válido advertir que el hecho que lo haya afiliado al Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de Seguros Sociales (hoy COLPENSIONES), no exime al Ente Territorial demandado de la responsabilidad derivada de su omisión de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por cuanto de acuerdo con los principios fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Carta Política³¹, al demandante se le debe respetar su derecho a ser afiliado al referido Fondo y, por lo tanto, a beneficiarse del régimen pensional que gobierna a los docentes oficiales.

De otra parte, como ya se explicó, al demandante JOSÉ ALFREDO SÁNCHEZ PARRA lo ampara el régimen pensional general determinado en la Ley 33 de 1985, norma que exige 20 años de servicio y 55 años de edad para acceder a la pensión de jubilación allí contemplada. En efecto, éste cumplió el requisito de tiempo de servicio en enero 2 de 2000, toda vez que empezó a laborar en el Departamento del Valle del Cauca en enero 2 de 1980³², y el requisito de la edad en noviembre 8 de 2007 teniendo en cuenta que nació en noviembre 8 de 1952; es decir, que adquirió el estatus pensional en la última fecha mencionada.

Respecto al monto de la pensión, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado arriba mencionada, corresponde al 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 noviembre 9 de 2006 a noviembre 8 de 2007, incluyendo en el IBL la asignación básica, subsidio de transporte, prima vacacional, prima semestral, prima extrasemestral y prima de navidad, según certificado de salarios agregado a folio 239 del expediente.

Corolario de lo anterior, se declarará la nulidad de la Resolución No. 581 de marzo 5 de 2007, expedida por los Secretarios de Desarrollo Institucional, General y de Hacienda del Departamento del Valle del Cauca; Resolución No. 139 de mayo 18 de 2007, por la cual la Secretaria Jurídica del Departamento del Valle del Cauca resolvió recurso de apelación incoado contra la resolución antes mencionada; Resolución No. 0570 de junio 23 de 2010, emitida por la Secretaría de Desarrollo Institucional del Departamento del

³¹ Ver octavo considerando de la Resolución No. 0570 de junio 23 de 2010, obrante a folios 70 y 71 del expediente.

³² Según certificado de servicios visto a folio 238 del cuaderno único.

Valle del Cauca; Resoluciones No. 0750 de septiembre 16 de 2010 y 228 de octubre 4 de 2010, por medio de las cuales las Secretarías de Desarrollo Institucional y Jurídica del Departamento del Valle resolvieron los recursos de reposición y de apelación presentados contra el acto antes señalado, respectivamente; y del acto ficto o presunto surgido por la no contestación de la petición radicada en abril 21 de 2014; actos por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación solicitada por el demandante.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada que reconozca y pague **pensión de jubilación** al señor JOSÉ ALFREDO SÁNCHEZ PARRA, a partir de 9 de noviembre de 2007, en cuantía equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados **durante el año anterior a la adquisición del status**, que va de noviembre 9 de 2006 a noviembre 8 de 2007, incluyendo en el IBL la asignación básica, subsidio de transporte, prima vacacional, prima semestral, prima extrasemestral y prima de navidad, según certificado de salarios obrante a folio 239 cuaderno único.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del actor, 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 el actor, 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), 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.

9. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Con relación a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, se tiene que el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, prevé que las acciones derivadas de los derechos consagrados en el mismo 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:³³

“(...) Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968³⁴ y 102 del Decreto 1848 de 1969³⁵ 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. Precisa el Consejo de Estado que la prescripción debe contabilizarse a partir del momento en que el derecho reclamado verdaderamente se haga exigible.

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

³³ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda –Sala de Conjuces, 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).

³⁴ Artículo 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”.

³⁵ Artículo 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”.

mesadas debe ser oportuno, por cuanto estas o sus diferencias si son susceptibles de la prescripción extintiva³⁶.

Bajo las anteriores consideraciones, se observa que en el caso concreto el derecho pensional del demandante se causó desde noviembre 9 de 2007, el término prescriptivo se interrumpió con la petición radicada en abril 21 de 2014³⁷ y la demanda se presentó dentro de los tres (3) años siguientes a esa fecha, esto es, en febrero 17 de 2015³⁸; por lo tanto se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad a abril 21 de 2011.

Así las cosas se declara de oficio, probada la excepción de prescripción objeto de análisis.

10. 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.³⁹, entre otras cosas, establece que:

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

Así las cosas, el señalado artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación⁴⁰:

*“(...) 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).*

³⁶ 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.

(...)”.

³⁷ Folio 230 a 233 cuaderno único.

³⁸ Acta de reparto vista a folio 268 cuaderno único.

³⁹ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁴⁰ 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.**

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

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 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.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de fondo formuladas por la entidad demandada, con fundamento en las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: DECLARAR DE OFICIO, PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción; en consecuencia se declaran prescritas **las mesadas causadas** con anterioridad a abril 21 de 2011, de conformidad con el análisis efectuado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 581 de marzo 5 de 2007, por medio de la cual los Secretarios de Desarrollo Institucional, General y de Hacienda del Departamento del Valle del Cauca negaron la pensión de jubilación del demandante JOSÉ ALFREDO SÁNCHEZ PARRA.

CUARTO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 139 de mayo 18 de 2007, por la cual la Secretaria Jurídica del Departamento del Valle del Cauca resolvió recurso de apelación y confirmó la resolución 581 de marzo 5 de 2007.

QUINTO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 0570 de junio 23 de 2010, mediante la cual la Secretaría de Desarrollo Institucional del Departamento del Valle del Cauca negó la pensión de jubilación del demandante.

SEXTO: DECLARAR la nulidad de la Resoluciones No. 0750 de septiembre 16 de 2010, mediante la cual la Secretaría de Desarrollo Institucional del Departamento del Valle del Cauca resolvió recurso de reposición contra la Resolución No. 0570 de junio 23 de 2010.

SÉPTIMO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 228 de octubre 4 de 2010, por medio de la cual la Secretaría Jurídica del Departamento del Valle resolvió recurso de apelación y confirmó la Resolución No. 0570 de junio 23 de 2010

OCTAVO: DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto surgido por la no contestación de la petición radicada en abril 21 de 2014.

NOVENO: En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, a reconocer y pagar al señor JOSÉ ALFREDO SÁNCHEZ PARRA **pensión de jubilación**, a partir de noviembre 9 de 2007, en cuantía equivalente al 75% del promedio de todos los factores salariales devengados **durante el año anterior a la adquisición del status**, que va de noviembre 9 de 2006 a noviembre 8 de 2007, incluyendo en el IBL la asignación básica, subsidio de transporte, prima vacacional, prima semestral, prima extrasemestral y prima de navidad.

DÉCIMO: Las sumas resultantes 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.

DÉCIMO PRIMERO: NO CONDENAR en costas en esta instancia.

DÉCIMO SEGUNDO: 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.

DÉCIMO TERCERO: 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.

DÉCIMO CUARTO: 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

JIVB