

REPÚBLICA DE COLOMBIA**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI****SENTENCIA No. 109**

Santiago de Cali, julio veintinueve (29) de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación: 76001333300520140003000
Demandante: SIRLEY SOLARTE MARÍN
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 la señora SIRLEY SOLARTE MARÍN en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1.** Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 4143.3.21.10495 de diciembre 4 de 2010, proferida por el señor Secretario de Educación Municipal de Santiago de Cali – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación a favor de la demandante; respecto del valor establecido como cuantía de la pensión, a efectos de incluir en la base de liquidación, la totalidad de los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionada.
- 1.2.** Declarar la nulidad de la Resolución No. 4143.0.21.6615 de septiembre 23 de 2013, emitida por la entidad anteriormente mencionada, a través de la cual se resolvió negar la revisión de la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados y certificados en el último año de adquisición del status pensional.

- 1.3.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se emitan las siguientes condenas:
- 1.3.1.** ORDENAR a la entidad demandada, incluir como base de liquidación de la pensión de jubilación el promedio de los factores salariales devengados por la demandante en el año anterior al status de pensionada, tales como: auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima de servicios del 20%, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sobresueldo por dirección, entre otras, y concretamente las que aparezcan certificadas por la autoridad competente para el efecto; con efectos fiscales a partir del momento en que cumplió los requisitos para su pensión, en virtud de la ley y de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, de agosto 4 de 2010, Radicación número: 25000232500020060750901 (0112 - 09).
- 1.3.2.** ORDENAR a la entidad demandada reconocer y pagar a la parte actora las diferencias generadas a partir del nuevo valor de la pensión, con la inclusión de todos los factores salariales percibidos por la pensionada, desde la fecha del status hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor que se llegare a reconocer.
- 1.3.3.** CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Seccional Cali – Municipio de Santiago de Cali, a reconocer, liquidar y pagar intereses de mora sobre las sumas adeudadas conforme a lo establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - en adelante C.P.A.C.A.
- 1.3.4.** CONDENAR a la misma entidad a dar cumplimiento a la sentencia conforme lo disponen los artículos 189 y 192 ibídem.
- 1.3.5.** CONDENAR en costas a la entidad demandada tal y como lo dispone el artículo 188 de la codificación referida.

2. HECHOS

- 2.1.** La demandante es docente del sector público educativo, afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, financiado por el Sistema General de Participaciones.
- 2.2.** El indicado Fondo, a través de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la demandante mediante Resolución No. 4143.3.21.10495 de diciembre 9 de 2009.
- 2.3.** Por Resolución No. 4143.0.21.3170 de abril 29 de 2011, se le reconoció y ordenó pagar prestaciones extralegales establecidas en el Decreto 0216 de 1991, certificadas por el Ministerio de educación, correspondientes a prima de antigüedad y prima de servicios, para las vigencias fiscales del 2007 al 2009 y durante el año devengó las mencionadas primas según acto administrativo que dispuso su reconocimiento.
- 2.4.** Dentro de la liquidación de la pensión de la demandante no se incluyeron los factores salariales devengados, conforme al año base de liquidación.
- 2.5.** La entidad demandada basó la decisión adoptada en el acto administrativo demandado, en el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, que transcribe y es reglamentario de los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989.
- 2.6.** La demandante ingresó al Servicio Público Educativo antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, entonces, conforme al artículo 81 ibídem, las normas prestacionales que deben aplicarse son las vigentes y que regulaban el tema antes de la fecha de su expedición, esto es, Leyes 91 de 1989, 33 de 1985 y 4 de 1966.
- 2.7.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó la inclusión de todos los factores salariales, argumentada en el artículo 3 del Decreto 3752, que establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual se realizaron los aportes.
- 2.8.** Refiere que la entidad demandada está aplicando normas derogadas expresamente, toda vez que la Ley 1151 de julio 24 de 2007 – Ley del Plan

Nacional de Desarrollo - determinó en el artículo 160, derogar el artículo 3º del Decreto 3752 de diciembre 22 de 2003.

- 2.9.** La actora durante el año anterior al status de pensionada percibió: asignación básica, prima académica, prima de alimentación, prima de navidad, prima vacacional, prima de antigüedad y prima de servicios, factores que deben tenerse en cuenta al momento de calcular el valor de la mesada pensional reconocida.
- 2.10.** Transcribe algunos apartes de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, de agosto 4 de 2010, en la que se unifica el criterio de la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicio en la base de liquidación de la pensión de jubilación.
- 2.11.** Destaca la interpretación que ha dado la Corte Constitucional a los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, precisando que ante la duda generada por la existencia de dos normas aplicables a la misma situación, deberá preferirse la que favorezca al trabajador; al igual que frente a dos (2) interpretaciones de preceptos dudosos. Dando aplicación a la Ley 33 de 1985, se deben considerar no en forma taxativa los factores salariales.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Menciona los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, que han sido fijados por la Corte Constitucional¹, y precisa que la violación de los derechos mínimos de los trabajadores y la no aplicación de la norma favorable en lo laboral constituyen una vía de hecho.

Desde la óptica de un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de septiembre 10 de 2009, analiza el régimen prestacional de los docentes conforme al contenido del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y

¹ Entre otras sentencias No. T – 567 y T – 827 de 1999 y T 470 de 2002, que transcribe por apartes

concluye que a partir de junio 27 de 2003, fecha en la cual entró a regir la citada ley, existen dos regímenes pensionales de los docentes cuya aplicación se determina por la fecha de ingreso del docente al Servicio Público Educativo. Así, el régimen de los docentes vinculados antes de esa fecha, es el contenido en la Ley 91 de 1989; mientras que el régimen de los docentes vinculados a partir de junio 27 de 2003, es el general previsto en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, pero con el requisito de edad unificado de 57 años para hombres y mujeres.

Como la demandante se vinculó al servicio docente oficial el 2 de septiembre de 1974, fecha anterior a la Ley 812 de 2003, el régimen pensional aplicable es el contenido en las Leyes 91 de 1989, artículo 15 numeral 1 literal B en armonía con el artículo 42 del decreto ley 1042 de 1978; más no así la Ley 715 de 2001, artículo 38 y 33 de 1985, artículos 1 y 3 que transcribe igualmente por apartes.

Con relación a esta última, centra su examen en los factores que integran el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación allí establecida y precisa que la misma excluye de la base de liquidación de los aportes a los funcionarios de origen territorial, como lo es la demandante quien además es docente nacionalizada; por ende, no es procedente que el ingreso base de liquidación para calcular la mesada pensional se haga sobre los factores enunciados en la Ley 33 de 1985; para tal efecto, se debe acudir al artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, reglamentada por el Decreto 1743 de esa misma anualidad, que establece el 75 % promedio mensual del último año de servicio, sobre la base de considerar como remuneración todo lo devengado.

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

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda en forma extemporánea², por lo tanto no se tendrán en cuenta los argumentos expuestos por tal entidad planteados en el libelo de contestación.

² Según constancia secretarial glosada a folio 107, el término de traslado para contestar la demanda venció el 22 de mayo de 2015. El Municipio de Santiago de Cali la contestó el 15 del mes y año en cita y el Ministerio de Educación Nacional la contestó el 15 de junio de 2015.

Aunque el Municipio de Santiago de Cali contestó oportunamente la demanda, dicha entidad territorial fue desvinculada del proceso, al haberse declarado como probada, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en audiencia inicial de septiembre 9 de 2015³.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante

Al exponer sus alegatos de conclusión, reitera los argumentos planteados en la demanda; por lo tanto, en síntesis concluye:

- Teniendo en cuenta la fecha de vinculación al servicio oficial, a la demandante se le debe aplicar lo contenido en la Ley 91 de 1989, para efectos de reconocimiento y pago de la pensión.
- La entidad demandada, al valerse de las Leyes 812 de 2003, artículo 81; 715 de 2001, artículo 18 y el Decreto Reglamentario No. 3752 de 2003, artículo 3, para reconocer la pensión de la demandante, vulnera la Constitución Política y la ley, por lo que el acto administrativo pierde su presunción de legalidad, y así deberá declararse en la sentencia.
- Para la aplicación del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, igualmente debe tenerse en cuenta la fecha de vinculación para determinar la norma pensional que rige el caso. Esto quiere decir que como la docente se vinculó con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, se le aplica el régimen establecido en las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, que era el establecido para las entidades territoriales. A los docentes oficiales vinculados a partir de junio 27 de 2003, es a quienes se les aplica las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 y la vinculación del demandante se dio desde septiembre 2 de 1974.
- Se entiende por salario, no solo la asignación básica fijada por la ley, sino todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios.

³ Folios 114 al 117 frente y vuelto

- Solicita que en la sentencia se tenga en cuenta además de los argumentos esbozados en la demanda, los certificados de factores salariales allegados con la misma, correspondientes a los años 2006 y 2007; dentro de los cuales se evidencian otros factores salariales a los que tiene derecho la actora, aparte de los probados con los certificados de factores salariales aportados por la parte demandada.
- Reitera las pretensiones plasmadas en la demanda.

5.2. Parte demandada: No presentó alegatos de conclusión.

5.3. Ministerio Público: No conceptuó.

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial, debe el despacho determinar si procede el reajuste de la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales tales como auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima de servicios del 20 %, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sobresueldo por dirección, y demás que aparezcan certificados, que hubieren sido devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

6.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

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

- (i) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (ii) Analizar el marco normativo de la pensión de jubilación de los docentes oficiales;
- (iii) Identificar los factores salariales que hacen parte del ingreso base de liquidación pensional en el caso concreto.

- (iv) Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el derecho reclamado.

6.3. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

- Según la copia de certificado de historia laboral, de fecha septiembre 15 de 2015, expedido por LEONARDO CARDONA, aprobado por GUILLERMO RAMÍREZ RAMÍREZ y remitido por CARLOS ALBERTO GARCÍA MANRIQUE, apoderado judicial del Municipio de Santiago de Cali⁴, la señora SHIRLEY SOLARTE MARÍN, se desempeñó como docente grado 13 y que entre enero 1 de 2008 y diciembre 31 de 2009 devengó como factores salariales la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones docentes.

En la misma certificación se aclara que durante el año 2011, se le reconocieron valores por prima de servicios y prima de antigüedad extralegales según liquidación correspondiente entre los años 2007 y 2009.

- A través del mismo documento, igualmente se señala que la docente pertenece al régimen nacionalizado de pensiones Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio⁵.
- Según certificación de agosto 30 de 2012⁶, se expresan los valores devengados por concepto de asignación básica, prima académica 20 %, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones devengados por la demandante entre enero 1 de 2007 y diciembre 31 de 2008.
- Según certificación de mayo 16 de 2013⁷, se especifica el tiempo de servicios y novedades de situaciones administrativas de la demandante.
- A través de Resolución No. 4143.0.21.3170 de abril 29 de 2011⁸, expedida por el Secretario de Educación Municipal de Santiago de

⁴ Folios 137 al 139

⁵ Folios 20 y 21

⁶ Folios 23 al 25

⁷ Folios 26 al 28

Cali, actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció y ordenó pagar en favor de la demandante, prima de antigüedad y prima de servicios debidamente indexados, correspondiente a los años 2007, 2008 y 2009, con fundamento en los artículos 7 numerales 7.3. y 7.15. y 24 de la Ley 715 de 2001.

A través de tales normas citadas en el acto administrativo, se autoriza a los municipios para administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas, el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley. Con tal finalidad están facultados para realizar concursos, efectuar los nombramientos del personal requerido, administrar los ascensos, sin superar en ningún caso el monto de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. Así mismo se autoriza financiar los costos de ascenso en escalafón docente, a los departamentos y a los municipios

- Mediante Resolución No. 4143.3.21.10495 de diciembre 4 de 2009, la Secretaría de Educación del Municipio de Cali, reconoce pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de la demandante, por valor de \$2.197.807, a partir de julio 19 de 2009, fecha en la cual se afirma en el acto citado, adquirió el status de jubilación, en virtud a que nació el 18 de julio de 1954 y estuvo vinculada entre septiembre 2 de 1974 y julio 18 de 2009, y por tanto, acreditaba el tiempo de servicio requerido para acceder a dicha prestación. El parámetro de la liquidación de la pensión, fue el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio en la fecha que adquirió el status, tomándose como factores salariales la asignación básica promedio, prima de navidad y prima de vacaciones⁹.
- Mediante solicitud de diciembre 12 de 2012¹⁰, a través de apoderado especial, la ahora demandante solicita reliquidar la pensión de jubilación.
- A través de la Resolución No. 4143.021.6615 de septiembre 23 de 2013¹¹, suscrita igualmente por el Secretario de Educación de Cali y

⁸ Folios 4 al 6, 88 al 90

⁹ Folios 10 al 12, 20 al 22, 47 al 49, 50, 84 al 86, 87

¹⁰ Folios 14 al 19

notificada el 26 de septiembre de 2013¹², se indica que con fecha junio 13 de 2013, la señora SHIRLEY SOLARTE MARÍN, solicitó a la Secretaría de Educación Municipal de Cali, el reajuste de la pensión antes mencionada, con inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el año de prestación de servicios anterior al status de pensionada, incluidos aquellos factores extralegales reconocidos a través de la Resolución No. 4143.021.3170 de abril 29 de 2011 (prima de antigüedad y de servicios). Frente a tal solicitud se dice en el acto inicialmente citado, que según estudio realizado por Fiduciaria LA PREVISORA y actas del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se debe negar la solicitud de ajuste pensional planteada, tal y como en efecto se ordena.

7. 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”.

¹¹ Folios 7 y 8, 91 al 93

¹² Folio 9

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. A 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.

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

“(...) los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)”

A tales personas se les aplica lo correspondiente al régimen de prima media con prestación definida, propio del Sistema General de Pensiones.

En esa medida, analizando el caso concreto bajo el anterior marco normativo, se tiene que de conformidad con lo consagrado en el artículo 1 de la Ley 91 de 1989¹³, la accionante tenía la categoría de docente nacionalizado, por haber sido vinculada por nombramiento del Departamento del Valle del Cauca, desde septiembre 2 de 1974¹⁴; por consiguiente, de acuerdo con esa fecha de vinculación, le es aplicable el régimen pensional de los docentes que regía antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual, como se vio, se encuentra exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993.

¹³ “Art. 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal Nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

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

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

¹⁴ Folios 84 al 86

A propósito del tema, el Consejo de Estado arribó a la siguiente conclusión¹⁵:

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

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

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

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

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

De cara a esta preceptiva el Consejo de Estado hizo el siguiente análisis:¹⁶

“(...) 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 la transición que ella dispone. Por lo tanto, es imperativo referirnos a la precitada Ley 33 de 1985, en cuyo artículo 1º se consagra:

¹⁵ 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).

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO -SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B., C. P.: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, 12 de agosto de 2010, RAD: 760012331000200401195 01.

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

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

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

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

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

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

1. Que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
2. Que a la entrada en vigencia de la misma, hubieran cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio. Evento en el cual se les continúa aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.
3. Que a la fecha de la vigencia de la Ley en comento, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Para el caso concreto, la demandante no cumple ninguno de los anteriores presupuestos, dado que los docentes oficiales no se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley en comento, ni gozan de un régimen especial de pensiones. Tampoco, a la entrada en vigencia de la misma, esto es 13 de febrero de 1985, había cumplido 15 años de servicios, si en cuenta se tiene que empezó a laborar el 2 de septiembre de 1974, por lo que a esa fecha sólo acumulaba 10 años 5 meses y 11 días.

De otra parte, por encontrarse activa en aquella fecha, no le era aplicable el otro supuesto de transición, exclusivo para aquellos empleados oficiales que se hallaban retirados del servicio.

Así las cosas, a la señora SHIRLEY SOLARTE MARÍN, 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.

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

El artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, enuncia ciertos factores para efectos de liquidación de la pensión de jubilación¹⁷, norma sobre la cual el Consejo de Estado había adoptado disímiles posturas en torno a su interpretación.

No obstante, la Sección Segunda de esta Corporación, en Sala Plena, unificó el criterio estableciendo que se deben incluir en la base de liquidación todos los factores devengados por el servidor público en el último año de servicios, fallo que por ilustrativo se transcribe: ¹⁸

“(...) 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

¹⁷ **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. (...)”.

¹⁸ 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).

prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual “En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”. Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de mayo de 2003¹⁹, 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 2006²⁰, se expresó:

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

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

“En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma²¹:

“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

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Flórez Aníbal.

²⁰ 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.

²¹ 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.

través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

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

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

“No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.²²

“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 prestación²³(…)” (Subraya del despacho).

Por tanto, del aparte jurisprudencial transcrito, claramente se deduce que debe liquidarse la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios. Advierte la Alta Corporación que tales factores, no deben entenderse en forma taxativa, sino que los mismos están plasmados a título enunciativo, y que en tal sentido, no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, aun cuando éstos no estén contenidos en la Ley 33 de 1985; incluso, algunas prestaciones sociales como la prima de navidad y 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.

9. EL CASO CONCRETO

²² 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.

²³ 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).

Aplicando todo lo anterior al caso concreto, se precisa que conforme a la Resolución No. 4143.3.21.10495 de diciembre 4 de 2009, atrás referida²⁴, la demandante, señora MARÍA NELLY BARRERA DÍAZ, en condición de docente nacionalizada adquiriría el status de pensionada el 18 de julio de 2009, fecha en que cumplió 55 años de edad, en tanto nació el 18 de julio de 1954²⁵, y llevaba más de 20 años de servicio prestado al Magisterio, puesto que empezó a laborar el 2 de septiembre de 1974²⁶; no obstante se aclara que su retiro se produjo hasta diciembre 31 de 2009, según la certificación de lo devengado²⁷.

Es decir, que cumplió los requisitos señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, régimen general de pensiones que le era aplicable por haberse vinculado al magisterio con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003. En esa medida, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado arriba mencionada, la entidad demandada tenía que liquidar la pensión de jubilación de la demandante con el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de todos los factores devengados durante el año anterior a la adquisición del status, corrido desde julio 18 de 2008 hasta julio 18 de 2009.

Así las cosas, como bien se indicó anteriormente, reposan certificaciones expedidas por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali²⁸ de la que se extrae que en el año anterior a la adquisición del status pensional, la demandante percibió los siguientes factores:

Entre enero 1 de 2009 y diciembre 31 de 2009 - asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones docentes, como factores salariales devengados. También devengó prima de servicios y prima de antigüedad que durante el mismo período se liquidó, pero como primas extralegales.

Según certificación de mayo 8 de 2013, se especifica que entre enero 1 y diciembre 31 de 2008, igualmente devengó prima académica del 20 % y prima de alimentación, además de asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones. Las últimas tres (3) asignaciones son igualmente certificadas entre enero 1 de 2009 agosto 1 de 2010, que corresponde a la última fecha que se cita como devengados²⁹.

²⁴ "Por la cual se reconoce y ordena el pago de una PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN".

²⁵ En parte considerativa de la resolución en comento se afirma que esa es su fecha de nacimiento

²⁶ Folios 84 al 86

²⁷ Folios 138 y 139

²⁸ Folios 89, 90, 138 al 139

²⁹ Folios 23 al 25

En efecto, al examinar el acto de reconocimiento pensional³⁰, se advierte que los factores incluidos para su liquidación prestacional fueron: asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones docentes, percibidos en el año anterior a la adquisición del status pensional y aplicándose una tasa de remplazo equivalente al 75%, aplicables entre julio 18 de 2008 y julio 18 de 2009.

Como según la información visible a folios 138 y 139, el último año de servicios prestados por la demandante, correspondería al período comprendido entre enero 1 y diciembre 31 de 2009 y las primas académica y de capacitación no están certificadas desde el punto de vista probatorio durante dicho período, no es del caso analizar si es pertinente o no considerar tales factores dentro del presente proceso, por no aparecer acreditados, sin que ello signifique deban efectivamente reconocerse, dado que se insiste, no se analizan por no aparecer acreditados para el período en cuestión.

En relación con las denominadas primas extralegales (de servicios y de antigüedad), tenemos que mediante Resolución No. 4143.0.21.6615 de septiembre 23 de 2013, la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, negó a la señora SHIRLEY SOLARTE MARÍN su solicitud de reajuste pensional con inclusión de dichos factores salariales extralegales, que evidentemente fueron obtenidos en el año anterior a la adquisición del status, esto es, con inserción de las primas de antigüedad y de servicios, arguyendo que tales factores no fueron incluidos en las actas de liquidación emanadas por el Ministerio de Educación Nacional para los docentes nacionalizados³¹.

Con relación a las primas referidas, que se insiste, efectivamente fueron devengadas por la actora en el periodo reseñado³², es del caso mencionar que fueron reconocidas a la misma por el Municipio de Santiago de Cali como prestaciones extralegales, a través de las Resolución No. 4143.0.21.3170 de abril 29 de 2011, las cuales fueron creadas por el mismo Ente Territorial mediante el Decreto 0216 de 1991.

Lo anterior quiere decir que el mencionado Decreto a pesar de ser expedido por una autoridad territorial, crea derechos prestacionales.

Ahora bien, en un caso similar al presente, el Consejo de Estado analizó la posibilidad de incluir en la liquidación pensional de la demandante los factores

³⁰ Resolución No. 4143.3.21.10495 de diciembre 4 de 2009 según consta a folios 84 al 86

³¹ Folios 7 y 8

³² Según se extrae del certificado de salarios visto a folios 138 y 139

extralegales reconocidos mediante acto administrativo territorial por la Alcaldía de Bogotá, en vigencia de la constitución de 1886 correspondientes a:

- Prima de navidad extralegal,
- Prima de antigüedad
- Prima de vacaciones
- Prima de alto riesgo visual
- Quinquenio y
- Prima de calor

Al respecto la Corporación concluyó que su inclusión como factores determinantes del valor que se debía asignar a 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 dispuso³³:

“(…) 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 territorial³⁴ 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 empleados³⁵, 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 local³⁶ 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

³³ 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).

³⁴ 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.

³⁵ En sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado, expediente 250002325000200408852 01 (1313-2008), actor Manuel Isidro Sánchez Guerrero. Claramente se señaló que con la expedición de la Constitución de 1886 y las reformas contenidas de los años 1910 y 1945 los entes territoriales tenían una potestad amplia para la fijación de los sueldos de sus empelados departamentales, potestad que incluía la de crear factores o elementos de salario. A partir de la reforma de 1968 es evidente que hubo una reforma sustancial, de manera que las competencias de los órganos de dirección de los entes territoriales se limitó a la potestad de determina las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo.

³⁶ 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.

tenían una potestad amplia, ahora, con la Constitución de 1991 existe una competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

“En relación con el tema, esta Corporación ha establecido que la legalidad del acto respecto de la competencia para su expedición, debe dilucidarse bajo los parámetros establecidos por las normas vigentes para el momento de su expedición, en consecuencia, el cambio de normatividad respecto de la competencia no implica que dicho acto se torne ilegal o inconstitucional.

“No obstante no puede perderse de vista que el empleado que fue vinculado después del año 1968, debe someterse a las regulaciones que señale el competente para fijar salarios o los factores que lo conforman, que en este caso es el previsto por el legislador y no es procedente aplicar factores de salario regulados por normas de orden territorial a empleados públicos sometidos a disposiciones de orden legal.

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

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

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

De lo anterior se extrae que hasta antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968, las autoridades territoriales tenían la potestad de fijar sueldos o factores salariales para sus empleados, sin embargo, con posterioridad a tal año esta potestad quedó en cabeza del Congreso o el legislador extraordinario, situación que se mantuvo en vigencia de las Constituciones Políticas de 1886 y 1991. Ahora, válido es aclarar que en materia prestacional aquellas autoridades nunca han tenido competencia para crear algún tipo de prestación social, pues ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991 se les confirió tal facultad.

Así, 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 que el empleado que la devengó, 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 reconoció las primas extralegales de servicio y antigüedad a la demandante, valga decir, el Decreto 0216 del 18 de febrero 1991, fue expedida con posterioridad al año 1968, esto es, en vigencia de la Constitución Política de 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.

De suerte que, la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado permaneció incólume, no siendo posible efectuar su nulidad, en atención a que en el primero *-el que reconoció el derecho pensional-* se aplicaron en forma correcta los presupuestos de la Ley 33 de 1985 y en la liquidación de la prestación se tuvo en cuenta los factores de carácter legal devengados por la demandante durante el año previo a la adquisición del status, esto es, asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones, estas dos últimas que pese a tener la naturaleza de prestaciones sociales, la jurisprudencia del Consejo de Estado referida líneas arriba indica que constituyen factor de salario para efectos de liquidar cesantías y

pensiones, por expresa disposición del legislador, concretamente el artículo 5º del Decreto 1045 de 1978.

Cabe agregar que cuando se expidió este acto administrativo – *diciembre 4 de 2009*- aún no se le había reconocido a la demandante las primas extralegales de servicios y de antigüedad, que solo ocurrió hasta abril 29 de 2011³⁷.

De cara al segundo acto administrativo enjuiciado, esto es, la Resolución No. Resolución No. 4143.0.21.6615 de septiembre 23 de 2013³⁸, no está viciado de nulidad debido a que los dos factores prementados, cuya inclusión se pretendía en la reliquidación deprecada, son de origen extralegal, reconocidos por el Municipio de Santiago de Cali sin poseer competencia para ello.

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

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 1º 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 referido 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).*

³⁷ Ver nuevamente folios 7,8, 92, 93

³⁸ *“Por medio de la cual se resuelve una solicitud de Ajuste a la Pensión de Jubilación”.*

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.

En mérito de lo dicho, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santiago de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia,

RESUELVE:

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

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de proveído.

TERCERO: LIQUIDAR los gastos del proceso y **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere.

CUARTO: Cumplido lo anterior, **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Original Firmado

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez