	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
Cali	**Cinco (05) de mayo de dos mil dieciséis (2016)**

SENTENCIA No. 051

ACCIÓN	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
ACCIONANTE	**JOSÉ HERNÁN CHAVARRO**
ACCIONADA	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTROS**
RADICADO	**76001-33-33-009-2014-00495-00**

1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA Y SUS ALEGATOS

1.1 Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:

El señor **José Hernán Chavarro**, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.599.217 de Cali, quien actúa a través de apoderado judicial, interpone el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Municipio de Santiago de Cali – Fiduprevisora S.A**, con el fin de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 4143.0.21.1162 del 24 de febrero de 2014, por medio del cual el Secretario de Educación del Municipio de Santiago de Cali, negó la solicitud de reajuste pensional con la inclusión en el ingreso base de liquidación de horas extras y las primas extralegales de servicios y de navidad, las cuales fueron debidamente reconocidas por el Ministerio de Educación Nacional.

- Resolución No. 4143.0.21.7300 del 1º de septiembre de 2014, por medio del cual el Secretario de Educación del Municipio de Santiago de Cali, confirmó en todas sus partes la Resolución No. 4143.0.21.1162 de 24 de febrero de 2014.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A. y al Municipio de Santiago de Cali**, a reliquidar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta para ello todos los factores salariales devengados y a los cuales cree tener derecho como docente, a partir de la consolidación de su status como pensionado, esto es, el 20 de noviembre de 2009, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 224 de 1992 y en la Ley 33 de 1985, al igual que, la diferencia del salario devengado durante dicho periodo.

Así mismo, requiere que se condene a las entidades demandadas a actualizar la sentencia respectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A., aplicando los ajustes de valor (indexación), desde la fecha en que

adquirió el status de pensionado, de acuerdo con el I.P.C. y, se condene en costas a la parte demandada.

Como fundamentos facticos expuso, que el Municipio de Santiago de Cali a través de la Resolución No. 4143.0.21.7639 del 01 de agosto de 2011, reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor del demandante, en cuantía de $ 2.194.328, efectiva a partir del 20 de noviembre de 2009. Sin embargo, en el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación no tuvo en cuenta la inclusión de los factores salariales extralegales de prima de antigüedad y prima de servicios. Así mismo, manifestó que no se incluyó la diferencia de salario que venía pagando el Municipio de Santiago de Cali con un mayor valor de la categoría en el grado del escalafón nacional.

Argumentó que los actos administrativos acusados vulneraron el derecho constitucional a la seguridad social, el cual es un derecho público e irrenunciable de carácter obligatorio a cargo del Estado, pues es evidente que su pensión debe ser reconocida en un porcentaje equivalente a su salario, es decir, teniendo en cuenta todos los factores salariales que percibió durante su último año de servicios, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

1.2 Alegatos de conclusión:

El apoderado judicial de la parte actora presentó sus alegatos de conclusión[1], a través de los cuales afirmó que según las pruebas documentales recaudadas en el proceso, se logró establecer que efectivamente existió una diferencia entre el salario básico reconocido al demandante y el salario básico que realmente percibió durante su último año de prestación de servicios, indicando para ello, que la diferencia asciende a la suma de $ 441.244, la cual debe ser pagada a partir del 19 de noviembre de 2009, fecha en la cual adquirió su status de pensionado. Así mismo, reiteró que se debe proceder al reconocimiento de las primas extralegales de servicios y de antigüedad, ya que éstas fueron percibidas mientras se desempeñó como docente.

2. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA Y DEL MINISTERIO PÚBLICO

2.1. Contestación de la demanda:

2.1.1. Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

De conformidad con la constancia secretarial vista a folio 117 del expediente, se tiene que dicha entidad no contestó la demanda dentro del término otorgado para ello.

[1] Folios 155 a 156.

2.1.2. Municipio de Santiago de Cali:

El Municipio de Santiago de Cali, a través de apoderado judicial contestó oportunamente la demanda[2], oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y al respecto argumentó que los actos administrativos acusados fueron expedidos con fundamento en lo decidido por parte de la **Fiduprevisora S.A**., razón por la cual sostuvo que la entidad territorial no puede efectuar reconocimiento alguno con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin contar con la aprobación de la entidad fiduciaria.

Seguidamente, realizó una análisis legal de las normas aplicables al caso concreto, tales como la Ley 115 de 1994, Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985 y los Decretos 2277 de 1979 y 2831 de 2005, determinando que la Secretaria de Educación del Municipio de Santiago de Cali, al momento de expedir los actos demandados, cumplió con sus obligaciones legales en lo que respecta a lo de su competencia, motivo por el cual no existe razón para que se proceda a realizar actuaciones que van más allá de sus atribuciones legales.

Igualmente, expuso que el Ministerio de Educación Nacional, es la entidad competente para reconocer el derecho pretendido por el demandante, como quiera que es el Gobierno Nacional el encargado de administrar los recursos del Sistema General de Participación, de acuerdo con la Ley 715 de 2001 y, también es el único que tiene la facultad legal de fijar el régimen salarial de los servidores públicos docentes y directivos docentes.

Por otra parte, afirmó que mediante la Resolución No. 4143.0.21.7639 del 01 de agosto de 2011, el **Municipio de Santiago de Cali**, reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor del señor **José Hernán Chavarro**, teniendo en cuenta para ello el salario y los factores prestacionales devengados durante el último año de prestación de servicios. Así mismo advierte que, dicho reconocimiento se efectuó atendiendo los preceptos del Decreto 2831 de 2005, el cual reglamentó la competencia de la Secretaria de Educación Municipal para efectos del trámite, liquidación, proyecto de resolución y envío a la Fiduprevisora S.A., para que ésta apruebe el reconocimiento de la prestación aludida y efectúe el pago correspondiente.

Para culminar sus argumentos, la defensa manifestó que los actos administrativos acusados se encuentran ajustados a derecho, toda vez que la Secretaria de Educación del Municipio de Santiago de Cali, no es la entidad obligada a determinar el reconocimiento de la prestación económica reclamada, ni mucho menos la encargada de efectuar el pago, como quiera que sus funciones sólo son administrativas y se limitan a la elaboración del acto administrativo de reconocimiento o negación pensional, puesto que, finalmente quien aprueba y se encarga del pago correspondiente es la fiduciaria.

En virtud de lo expuesto, propuso como excepciones las denominadas: *"Falta de legitimación en la causa por pasiva e innominada".*

---

[2] Folios 84 a 102.

2.2. Alegatos de conclusión:

2.2.1. Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

De acuerdo con la constancia secretarial visible a folio 163 del plenario, dicha entidad dejó vencer en silencio el término que tenía para presentar sus alegatos de conclusión.

2.2.2. Municipio de Santiago de Cali:

De acuerdo con la constancia secretarial visible a folio 163 del plenario, dicha entidad dejó vencer en silencio el término que tenía para presentar sus alegatos de conclusión.

2.3. Intervención del Ministerio Público:

La representante del Ministerio Público, presentó sus alegatos de conclusión a través del Concepto No. 03-2016 del 29 de enero de 2016[3], por medio del cual abogó por la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en el sentido de considerar que se debe ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, en cuantía equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicios, con inclusión de todos los factores percibidos y la totalidad del salario devengado.

En este sentido, expuso que de las pruebas arrimadas al proceso se logró acreditar que al señor **José Hernán Chavarro** se le reconoció su pensión mensual vitalicia de jubilación, conforme lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, razón por la cual resulta necesario que para su liquidación se tengan en cuenta los factores salariales enlistados en la Ley 62 de 1985. Para reafirmar sus argumentos citó la sentencia del 04 de agosto de 2010, proferida por el Consejo de Estado, a través de la cual se concluyó que la Ley 33 de 1985, no indicó en formar taxativa los factores salariales que confirman la base de liquidación pensional, sino que se trata de una mera enunciación y por ende, tal previsión no puede impedir la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante su último año de prestación de servicios.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. De los presupuestos procesales:

El Despacho no observa irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado pues, una vez admitida la demanda, notificada la misma y surtido el traslado para su contestación, se llevó a cabo la audiencia inicial en la forma señalada en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011[4], en la que, además de fijar el litigio, se decretaron las pruebas, siendo éstas recaudadas conforme lo dispone el artículo 181 de la misma norma.[5]

---

[3] Folios 157 a 162.
[4] Folios 120 a 122.
[5] Folios 153 a 154.

En virtud de lo anterior, se declaró cerrada la etapa probatoria y de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 181 de la Ley 1437 de 2001, se prescindió de la audiencia de Alegaciones y Juzgamiento y se dispuso correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión por el término común de diez (10) días. El audio y video de las audiencias realizadas por el Despacho, se encuentran grabados conforme el artículo 183 ibídem.

3.2. Problema jurídico planteado:

El litigio se contrae a establecer si el señor **José Hernán Chavarro**, tiene derecho a que la entidad accionada reajuste su pensión de jubilación, teniendo en cuenta en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales percibidos durante el año último año de prestación de servicios, específicamente las primas extralegales de navidad y de antigüedad, así como el salario básico mensual en el monto realmente percibido.

3.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso:

El régimen salarial y prestacional de los empleados públicos se encuentra sujeto a reserva de la ley, pues así lo establece el artículo 150, numeral 19 de la Constitución Política, el cual dispone que, corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejercer la función de dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública; así mismo, le corresponde regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

En desarrollo de esta atribución, el Congreso expidió la Ley 4ª de mayo 18 de 1992, en la que fijó de forma general las materias relacionadas con el régimen de las remuneraciones oficiales, y el de prestaciones de trabajadores oficiales y empleados públicos, con sujeción a la cual, el Gobierno Nacional señalaría el límite máximo salarial de los servidores públicos de las entidades territoriales[6].

Ahora bien, en lo que respecta al régimen prestacional aplicable a los docentes, es del caso indicar lo siguiente:

El Decreto Ley 2277 de 1979, "*Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente*", estableció un régimen especial para el desempeño de la profesión docente; sin embargo, dicha normatividad no reguló las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos.

Posteriormente, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en su artículo 2º, estableció que la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirían las obligaciones prestacionales con el personal docente nacional o nacionalizado, las cuales serían canceladas a través dicho fondo.

---

[6] Ley 4ª de 1992: "*Artículo 12: El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.*
En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.
PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional".

A su turno, el artículo 15 de la norma en cita dispuso que, las prestaciones económicas y sociales del personal docente que se vinculara con posterioridad al 1 de enero de 1990 estarían reguladas por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, esto es, a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que fueran expedidos a futuro; no obstante, con relación a las prestaciones de los docentes nacionalizados[7] que figuraban vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, estableció que éstos seguirían con el régimen prestacional que se les venía aplicando en cada entidad territorial.

De igual forma, la Ley 60 de 1993 dispuso en su artículo 6º que: *"...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 cualesquiera 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...".*

Teniendo en cuenta lo anterior, es del caso concluir que si bien la normatividad en mención no estableció un régimen para el reconocimiento y liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes, lo cierto es que, la norma aplicable con relación a dicha prestación, es la Ley 33 de 1985, por ser esta última la regulación general en materia pensional aplicable para los empleados del sector público nacional, y a la que hace remisión expresa el literal b) del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

"Si bien es cierto el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional.

Tampoco es cierto que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 tengan un régimen especial de pensiones pues la Ley 91 de 1989 sólo se refirió al régimen prestacional que venían disfrutando en cada ente territorial pero en ningún momento estableció requisitos pensionales diferentes a los establecidos en las normas de carácter general vigentes que, en este caso, es la Ley 33 de 1985 dado que la actora no se encontraba dentro del régimen de transición previsto por dicha normatividad para acceder al derecho conforme a lo dispuesto en la norma anterior, ello es la Ley 6 de 1945"[8]*.*

Por otro lado, es importante indicar que al expedir el régimen general de seguridad social (Ley 100 de 1993), el Legislador excluyó de su aplicación a los afiliados al

---

[7] De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 91 de 1989, son docentes nacionalizados aquellos que fueron vinculados por nombramiento de una entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de dicha fecha, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 43 de 1975.

[8] Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección "B", Sentencia (7) de julio de 2011, Radicación No: 15001-23-31-000-2003-01174-01(1829-10), Consejera Ponente: Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[9], motivo por el cual, es menester inferir que la pensión del personal docente sigue bajo el imperio del régimen legal anterior, esto es, la Ley 33 de 1985.

Aunado a lo anterior, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, estableció que el régimen prestacional de los docentes estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en dicha normatividad.

No obstante lo anterior, con la expedición de la Ley 812 de 2003, se estableció un nuevo régimen prestacional para los docentes oficiales, dejándose incólume los preceptos establecidos al respecto en la Ley 91 de 1989 para quienes venían afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la norma en cita, esto es, el 27 de junio de 2003[10].

Así las cosas, se tiene que el inciso 2º del artículo 81 de la Ley 812 del 2003 prescribió que, el régimen aplicable en materia pensional para los docentes vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales después de su entrada en vigencia, sería el de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos establecidos en él, excepto el correspondiente al de la edad de pensión, que será de 57 años para hombres y mujeres.

Tomando como marco de reflexión lo expuesto en precedencia, y teniendo en cuenta que para el caso objeto de debate resulta aplicable las disposiciones establecidas en la Ley 33 de 1985 (ya que el actor fue vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003), es del caso precisar lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: "*El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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".*

Adicionalmente, el artículo 3º de la misma norma consagró que la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores: asignación básica; gastos de

---

[9] Ley 100 de 1993: Artículo 279: "*El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.*
Así mismo, se exceptúa 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 (…)" (Subrayas del texto original).

[10] Tal como se desprende del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y del parágrafo transitorio del Acto Legislativo 001 de 2005, el cual dispone lo siguiente: "*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".*

representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, enfatizando que en cualquier 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."*

Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para calcular la pensión de jubilación, señalando que la base de liquidación estará constituida por la asignación básica, los gastos de representación, las primas de antigüedad, técnica ascensional, y de capacitación, los dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario.

La interpretación de estas normas generó diversidad de criterios acerca de cuál es el salario base de cotización y por consiguiente de liquidación de la pensión de los docentes, interpretaciones a las que se puso fin con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010[11], en la cual aclaró que las pensiones que se regulan por las Leyes 33 y 62 de 1985, se deben liquidar incluyendo todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la consolidación del status pensional; ya que en las referidas preceptivas éstos no se enlistaron de manera taxativa, y que en una correcta interpretación de las citadas disposiciones, es menester incluir todas las sumas que constituyen salario. Al respecto, indicó de manera textual lo siguiente:

"…La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios[12].

Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron

---

[11] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 4 de agosto de dos mil diez (2010), Radicación No: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), Consejero Ponente: Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

[12] Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse".

En virtud del criterio anterior, afirmó que para calcular el valor 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…".*

El parecer anterior, fue reiterado por la misma Colegiatura en reciente pronunciamiento al señalar:

*"…en punto de los factores salariales de la liquidación de la citada prestación pensional, en tesis mayoritaria de la Sala Plena de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010**[1]**1. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, la Sala concluyó que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio.*

En este último punto, y en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal, cabe decir, que en virtud a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, la liquidación de la pensión debe estar de acuerdo con los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, regla a la que están obligados todos los servidores públicos, en el sentido de pagar los respectivos aportes sobre todos los rubros que según la ley deben constituir factor de liquidación pensional. Lo anterior significa, que si no han sido objeto de descuento, ello no da lugar a su exclusión, sino a que al momento del reconocimiento, la entidad de previsión social efectúe los descuentos pertinentes"[13]*.*

Ahora bien, frente a la inclusión o no de factores salariales reconocidos desde el nivel territorial o extralegales, es del caso señalar que el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política de 1991, al igual que el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, son claros en señalar que las corporaciones públicas territoriales de elección popular carecen de competencia para expedir actos administrativos creadores de factores salariales y prestacionales de los empleados públicos, toda vez que esa es una atribución exclusiva del Congreso de la República y del Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias[14].

---

[13] Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación del 25 de febrero de 2016, Radicado No. 25000234200020130154101 (4683-2013), Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

[14] Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencias del 31 de julio de 2008, expediente 0218-08, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; del 4 de septiembre de 2008, expediente 2004-05337-02, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, y del 26 de julio de 2012, expediente: 05001-23-31-000-2005-00971-01(1865-11), C.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, indicó que: *"…las Corporaciones Públicas de elección popular carecen de competencia para expedir actos administrativos creadores de factores salariales y prestacionales de los empleados públicos, porque*

A partir de lo anterior, es claro que no es posible aplicar a la liquidación de la pensión factores salariales extralegales, pues se desconocerían preceptos de la carta magna que distribuyen la competencia sobre el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre los diferentes entes territoriales y nacionales, vulnerando el principio de unidad nacional consagrado en el preámbulo y en el artículo primero de la Constitución Política. Así las cosas, comparte el Despacho la interpretación extensiva del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 pero hasta la inclusión dentro del listado de los factores salariales legales, no así en lo que respecta a los extralegales, por las razones que anteriormente se han expuesto y por cuanto es la ley, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, la que puede establecer el régimen prestacional de los empleados públicos[15].

Por otro lado, es del caso señalar que la Corte Constitucional, en sentencia SU-230 de 2015, se pronunció en sede constitucional acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el ingreso base de liquidación (IBL) no es un elemento del régimen de transición. No obstante lo anterior, es claro para esta operadora judicial, que la interpretación asumida por el máximo Tribunal Constitucional no es aplicable en el presente asunto, toda vez que el artículo 279 ibídem, exceptuó de la aplicación del sistema integral de seguridad social a algunos sectores, entre ellos los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (inciso 2º)[16].

3.4.- Análisis del caso en concreto:

De acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario, se tiene que el señor **José Hernán Chavarro**, prestó sus servicios como educador al **Municipio de Santiago de Cali**, desde el 27 de enero de 1988 hasta el 09 de noviembre de 2009[17], es decir por un lapso de más de veinte (20) años de servicio, motivo por el cual, su situación particular se rige por el artículo 15 numeral 1º de 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.

---

esa es una atribución exclusiva del Congreso de la República y del Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias, toda vez que así lo disponía expresamente el artículo 76 de la Constitución Política de 1886 y lo señala el 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política de 1991 que hoy nos rige, al igual que el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992".

[15] Al respecto, pueden ser consultadas la sentencia del 17 de marzo de 2011, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", dentro del proceso con radicación número: 05001-23-31-000-2005-00076-01(2055-10), Consejero ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, al igual que la sentencia del 26 de julio de 2012, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", dentro del proceso con radicación número: 05001-23-31-000-2005-00971-01(1865-11), Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

[16] "**ARTICULO. 279.- Excepciones.** El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.
Así mismo, se exceptúa 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. **Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia** C-461 **de 1995.** (…)"

[17] Folios 22 y 4.

Según los certificados de salarios expedidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ante el Municipio de Cali[18], durante el año anterior al retiro del servicio del demandante (09 de noviembre de 2008 al 09 de noviembre de 2009), éste percibió los siguientes factores salariales y prestaciones:

- Asignación básica
- **Prima de servicios**
- **Prima de antigüedad**
- Horas extras
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones

Ahora bien, al hacer remisión a la Resolución No. 4143.0.21.7639 del 01 de agosto de 2011[19], a través de la cual el Secretario de Educación del Municipio de Santiago de Cali, ordenó el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor del actor, se evidencia que los factores salariales que sirvieron de base para la liquidación fueron los siguientes:

- Asignación básica promedio
- Horas extras
- Prima de navidad
- Prima de vacaciones

Lo anterior indica que, en el ingreso base de liquidación no se incluyeron los factores salariales correspondientes a la prima de servicios y a la prima de antigüedad, los cuales fueron reconocidos por el Alcalde del Municipio de Santiago de Cali a través del Decreto 0216 de 1991 y, percibidas por el actor durante el último año de prestación de servicios.

Al respecto, es menester indicar que si bien la entidad territorial en mención creó dichos emolumentos, lo cierto es que los mismos corresponden a factores extralegales que no pueden ser incluidos en el ingreso base de liquidación, amén de que, su reconocimiento por parte del representante legal del Municipio de Cali se dio en contravía de los postulados de la Constitución de 1991, al arrogarse una función que corresponde al Congreso de la República[20].

Así las cosas, se tiene que La Ley 115 de 1994[21] dispuso que el régimen prestacional de los educadores estatales sería el establecido en la Ley 91 de 1989 y en la Ley 60 de 1993, y el salarial el fijado de conformidad con la Ley 4ª de 1992.

Dentro de este marco conceptual, ante la prohibición de modificar el régimen salarial y prestacional de los docentes, existe una prohibición a las autoridades territoriales para modificar este régimen, pues desde el momento de su nacionalización tienen, hasta la actualidad, un régimen especial al cual ya se ha hecho referencia en este fallo, que incluye la definición no sólo del escalafón, ingreso, ascensos, etc., sino de

---

[18] Folio 110.
[19] Folios 4 a 5.
[20] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Sentencia del 26 de agosto de 2004, Radicado No. 76001-23-31-000-1999-01552-01(0778-03), Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.
[21] Artículos 115 y 175.

los salarios, los cuales fueron dictados por medio de Decretos con fuerza de Ley. Bajo esta perspectiva, un decreto que quebrante esa prohibición no sería susceptible de aplicación.

En cuanto al reconocimiento de derechos laborales (extralegales), el Honorable Consejo de Estado, al analizar un caso similar al que es objeto de estudio precisó lo siguiente:

"*En la demanda se afirma que el sector de los docentes oficiales, según las prescripciones entre otras de la Ley 43 de 1975, Decreto 2277 de 1979, Leyes 91 de 1989, 115 de 1994 han gozado de un régimen especial, no obstante ninguna de tales disposiciones los ha declarado exceptuados del sometimiento a las disposiciones de la Carta Política antes citadas, ni de los preceptos de la Ley 4 de 1992 o ley marco en materia salarial. El hecho de que la Ley 60 de 1993 en el artículo 6 hubiera señalado que dichos servidores se les respetará el régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial, ello no quiere decir que si en algún momento se les reconocieron prestaciones sociales extralegales con fundamento en disposiciones municipales, deba mantenerse esa situación de manera indefinida*"[22].

Partiendo del análisis anterior, es claro que aquellos elementos salariales creados atendiendo al régimen de competencias establecido para la época de expedición del Decreto referido, pudieron haber perdido su vigencia en consideración a los cambios que se introdujeron en esta materia por la Constitución de 1991; sin embargo, tal determinación escapa a la competencia funcional de este Despacho en tratándose del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por el actor, aunado a que en el acto que negó la prestación reclamada por la actora no se fundamentó en el mismo.

En razón a lo expuesto, el Despacho procederá a denegar las pretensiones encaminadas a obtener el reajuste de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida a favor del demandante, con inclusión en el ingreso base de liquidación de las primas de servicios y de antigüedad, por tener la connotación de ser emolumentos extralegales.

Por otra parte, se tiene que el apoderado judicial de la parte actora también argumentó sus pretensiones en el hecho de que el valor reconocido como asignación básica promedio en la Resolución No. 4143.0.21.7639 del 01 de agosto de 2011, difiere de la asignación básica que realmente percibió el demandante durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio.

Revisado el contenido de la Resolución No. 4143.0.21.7639 del 01 de agosto de 2011 y los certificados de salarios expedidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se evidencia que efectivamente hay una diferencia entre el valor reconocido como asignación básica mensual y la suma efectivamente percibida por el demandante durante el periodo comprendido entre el 09 de noviembre de 2008 y 19 de noviembre de 2009, es decir, durante el año anterior a la fecha del retiro del servicio.

---

[22] Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección "B", Sentencia del 26 de octubre de 2006, Radicado No. No. 73001-23-31-000-2001-00761-01(5277-02), Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

Así entonces, se tiene que según la Resolución No. 4143.0.21.7639 del 01 de agosto de 2011[23], el factor salarial de asignación básica promedio fue liquidado por la suma de $ 1.986.756, monto que resulta ser inferior al promedio de lo devengado por el señor **José Hernán Chavarro**, en los años 2008 y 2009, tal como se desprende de la certificación salarial arrimada al expediente[24].

A partir de este razonamiento, considera esta operadora judicial que resulta procedente declarar la nulidad parcial de los actos administrativos acusados, a saber las Resoluciones Nrs. 4143.0.21.1162 del 24 de febrero de 2014 y 4143.0.21.7300 del 1º de septiembre de 2014, expedidas por el Secretario de Educación del Municipio de Santiago de Cali, al encontrarse acreditado que el valor tenido en cuenta en el ingreso base de liquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida a favor del demandante, por concepto de asignación básica promedio, es inferior al monto efectivamente devengado durante el último año de servicios.

En consecuencia, se ordenará a las entidades accionadas a reliquidar la pensión mensual vitalicia de jubilación del señor **José Hernán Chavarro**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.599.217 de Cali, teniendo en cuenta para ello en el ingreso base de liquidación el valore efectivamente percibido por el demandante durante su último año de servicios, según certificado de salarios expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[25], por concepto de asignación básica promedio, advirtiéndose que dicha liquidación no podrá afectar los demás factores salariales reconocidos y liquidados en debida forma.

La condena a imponer operará para las entidades accionadas de acuerdo a sus competencias legales.

Las sumas que se resultaren a deber por concepto de la diferencia de la liquidación del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante, deberán ser ajustadas hasta la ejecutoria de la sentencia, siguiendo lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del CPACA, para lo cual deberán utilizarse las fórmulas que sobre el tema ha diseñado el Honorable Consejo de Estado y se tendrá en cuenta el Índice de Precios al Consumidor establecido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, o la entidad que haga sus veces. El cumplimiento de la sentencia se efectuará en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Por último, es del caso advertir que siendo esta la oportunidad procesal para resolver aquellas excepciones que el fallador encuentre probadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, procede el Despacho a resolver sobre la excepción de prescripción de las mesadas, indicando lo siguiente:

La prescripción trienal, se encuentra regulada en el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969[26], el cual establece en su artículo 102 que: "*Las acciones que emanan 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".*

---

[23] Folios 4 a 5.
[24] Folio 110.
[25] Folio 110.
[26] Reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968.

De igual forma, indicó que: *"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 sólo por un lapso igual."*

Tomando como marco de reflexión la norma en cita, es del caso concluir que una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la administración y posteriormente en sede judicial.

Descendiendo al *sub-lite*, se observa que al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación el 1 de agosto de 2011, y posteriormente, esto es, el 13 de noviembre de 2013[27], presentó la solicitud de reliquidación de su pensión de jubilación, es decir que en el caso concreto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción, como quiera que no han transcurrido más de tres (3) años, entre la fecha de reconocimiento de la prestación indicada y la de la solicitud de reajuste, ni entre ésta última y la fecha de presentación de la demanda, la cual fue radicada el día 15 de diciembre de 2014[28].

3.5.- De las costas y agencias en derecho:

A diferencia del anterior Código, la Ley 1437 de 2011, en el artículo 188, consagró un criterio objetivo, respecto de la condena en costas, esto significa que habrá de condenarse a la *"parte vencida en el proceso"* a su pago y, su liquidación y ejecución, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan esta materia.

De acuerdo con lo expuesto y los antecedentes del presente medio de control, se ordenará el pago de las costas a la parte demandante y a favor de la parte demandada, conforme lo faculta el artículo 365, numeral 5 del Código General del Proceso.

Respecto a las denominadas agencias en derecho, su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2522 del 10 de diciembre de 2003).

Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, la fijación de las agencias en derecho se encuentran determinadas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia con cuantía, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, la fijación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

A partir de lo anterior, y teniendo en cuenta que se surtieron todas las etapas procesales sin observar actuaciones dilatorias por las entidades demandadas, el juzgado fija como agencias en derecho a favor de la parte demandante, la suma de $ 100.000,oo.

---

[27] Folios 23 a 24 y numeral 10, folio 44.
[28] Folios 54 a 55.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la **NULIDAD PARCIAL** de las Resoluciones Nrs. 4143.0.21.1162 del 24 de febrero de 2014 y 4143.0.21.7300 del 1º de septiembre de 2014, expedidas por el Secretario de Educación del Municipio de Santiago de Cali, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento, se ordena a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**, expedir un acto administrativo mediante el cual se reajuste la pensión mensual vitalicia de jubilación del señor **JOSÉ HERNÁN CHAVARRO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.599.217 de Cali, teniendo en cuenta para ello en el ingreso base de liquidación el valor efectivamente percibido por el demandante durante su último año de servicios, según certificado de salarios expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de asignación básica promedio, advirtiéndose que dicha liquidación no afectará los demás factores salariales reconocidos y líquidos en debida forma, conforme se expuso en las consideraciones de esta providencia.

TERCERO: Las sumas que resulten de la condena anterior se indexarán de conformidad con el inciso final del artículo 187 del CPACA hasta la ejecutoria de la sentencia, en la forma que se indica en la parte motiva de esta providencia y devengarán intereses moratorios a partir de dicho momento, siguiendo las indicaciones del artículo 192 del CPACA.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: ORDENAR dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en el artículo 192 del C. P.A.C.A.

SEXTO: CONDENAR PARCIALMENTE EN COSTAS a las entidades demandadas y a favor de la parte demandante, conforme la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: SE FIJA COMO AGENCIAS EN DERECHO la suma de es $100.000.oo, a favor de la parte demandante y a cargo de las entidades demandadas, conforme la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación de costas por intermedio de la secretaría, siguiendo las pautas establecidas en el art. 366 del C.G.P., **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previo a las anotaciones en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

MIRFELLY ROCIO VELANDIA BERMEO
JUEZ