

DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO – Docente. Prohibición. Excepciones. Regulación legal

Tanto en vigencia de la Constitución Política de 1886 como del régimen constitucional vigente, Constitución Política de 1991, a los docentes oficiales les ha estado vedado desempeñar de manera simultánea dos empleos que impliquen el ejercicio de su labor en **tiempo completo**. En efecto, sólo les está permitido desempeñar aparte de una vinculación de tiempo completo la cátedra, por horas, esto es, únicamente pueden percibir el salario por la actividad docente de tiempo completo y los honorarios causados por las horas cátedras, a fin de no incurrir en la prohibición constitucional y legal antes referida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 64 / DECRETO 1317 DE 1960 – ARTICULO 64 / DECRETO 1042 DE 1978 – ARTICULO 32 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 15 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 128 / LEY 4 DE 1992 – ARTICULO 19 / LEY 60 DE 1993 – ARTICULO 6

PENSION DE JUBILACION DOCENTE – Reliquidación al retiro definitivo del servicio

La posibilidad con que cuentan los docentes de seguir laborando, con posterioridad al reconocimiento de una pensión de jubilación, da lugar a que a su retiro definitivo del servicio puedan solicitar, en los términos del artículo 9 de la Ley 71 de 1988, la reliquidación de su prestación pensional, teniendo en cuenta para tal efecto el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.

FUENTE FORMAL: LEY 71 DE 1988 – ARTICULO 9

PENSION DE JUBILACION DOCENTE – Reliquidación teniendo en cuenta una doble vinculación. Derecho al trabajo

Observa la Sala que en el caso concreto el señor Abelardo López Grisales contaba con dos vinculaciones como docente oficial, ambas de tiempo completo, lo que tanto en vigencia de la Constitución Política de 1886 como de 1991 desconoce la prohibición de percibir dos asignaciones provenientes del tesoro público. Así las cosas, en principio, debe decirse que la doble vinculación de tiempo completo en el servicio docente no da lugar a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio proceda a reliquidar una prestación pensional teniendo en cuenta ambas vinculaciones, dado que dicha conducta, como quedó visto, transgrede la prohibición constitucional y legal de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público. Bajo estos supuestos, si bien el señor Abelardo López Grisales contó con dos vinculaciones al servicio docente de tiempo completo, contrariando la prohibición prevista por el régimen constitucional y legal de 1886 y 1991, debe decirse que, a partir de su retiro del servicio como docente de la institución educativa Santa librada, 31 de agosto de 1999, la citada concurrencia de vinculaciones desapareció quedando vigente solamente su vinculación como docente del instituto Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca, hasta el 31 de agosto de 2000, fecha en la cual se registró su retiro definitivo del servicio docente. Así las cosas, estima la Sala que el período laborado por el demandante entre el 31 de agosto de 1999 y el 31 de agosto de 2000 resulta válido para efectos prestacionales, esto es para solicitar la reliquidación de la prestación pensional ordinaria de jubilación que viene percibiendo en su condición de docente dado que, como quedó visto en dicho período no se desconoce la prohibición constitucional y legal prevista para los

docentes, de desempeñar dos empleos de tiempo completo, toda vez, que para ese momento la única vinculación laboral vigente del demandante era con el instituto Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca. Una consideración distinta, implicaría el desconocimiento de la especial protección de que goza el derecho al trabajo en el Estado Social de Derecho, más aún si se trata de la prestación efectiva de una labor como fue el tiempo laborado por el demandante como docente, en el Instituto Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca, entre el 31 de agosto de 1999 y el 31 de agosto de 2000. Así las cosas, resulta evidente que al demandante le asiste el derecho, en los términos del artículo 9 de la Ley 71 de 1989, a que la prestación pensional que viene percibiendo sea reliquidada teniendo en cuenta para ello, únicamente “el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.”. período que va del 31 de agosto de 1999 al 31 de agosto de 2000, y respecto del cual, como quedó visto no se advierte una doble vinculación como docente de tiempo completo.

FUENTE FORMAL: LEY 71 DE 1989 – ARTICULO 9

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., primero (1) de septiembre de dos mil once (2011).

Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00998-01(0748-10)

Actor: ABELARDO LÓPEZ GRISALES

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de noviembre de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda interpuesta por ABELARDO LÓPEZ GRISALES contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ANTECEDENTES

El señor Abelardo López Grisales en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° 421-024-1452-FRP de 15 de agosto de 2008, suscrito por el Coordinador del Grupo de Apoyo de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación del Departamento del Valle del Cauca, por medio del cual se niega la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación que viene percibiendo en su condición de docente.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación que viene percibiendo, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a su retiro, en virtud de su doble vinculación como docente oficial; pidió que le sean reliquidadas las mesadas pensionales que se han causado desde el momento en que reunió los requisitos para acceder a la pensión y hasta la fecha en que se realice el respectivo pago, más la indexación, ajustes de valor y los intereses moratorios a que haya lugar.

Basó su petitum en los siguientes hechos:

Señaló el demandante que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 0951 de 31 de mayo de 1995 ordenó, a su favor, el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, en cuantía de \$ 1.192.027.00, a partir del 1 de septiembre de 1999, teniendo en cuenta para ello su vinculación como docente a la institución educativa Santa Librada del municipio de Cali.

Sostuvo que, al momento de su retiro definitivo como docente de la citada institución educativa solicitó reliquidación de la prestación pensional que venía percibiendo, en relación con lo cual, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 127 de 22 de febrero de 2000 accedió a dicha solicitud reliquidando su pensión de jubilación en cuantía de \$1.192.027.00.

No obstante lo anterior, el 3 de julio de 2008 el demandante solicitó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio la reliquidación de la pensión de jubilación que viene percibiendo, en esa ocasión, con inclusión de los factores salariales devengados al haber laborado como docente en el Instituto Politécnico del municipio de Cali, entre el 5 de septiembre de 1973 y el 31 de agosto de 2000.

El 15 de agosto de 2008, el Coordinador de Apoyo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la Secretaría de Educación departamental del Valle del Cauca, negó la referida petición, argumentando que: “la reliquidación pensional se da por una sola vez, cuando el docente pensionado, en servicio activo se retira definitivamente (...) y, en el caso concreto (...) la reliquidación pensional del docente Abelardo López Grisales, ya fue efectuada.”.

Precisó que, a través del acto demandado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, Secretaría de Educación departamental del Valle del Cauca, analizó de manera sesgada la totalidad del régimen legal aplicable al reconocimiento, pago y reliquidación de una prestación pensional al personal docente, dejando de lado los principios y derechos de estirpe constitucional entre ellos la igualdad, el debido proceso, la seguridad social y el mínimo vital.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, el preámbulo y los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 2, 3, 59 y 84.

De la Ley 24 de 1947, el artículo 1.

De la Ley 4 de 1966, el artículo 4.

De la Ley 33 de 1985, el artículo 1.

De la Ley 91 de 1989, el artículo 15.

De la Ley 115 de 1994, el artículo 115.

Del Decreto 1743 de 1966, el artículo 5.

Al explicar el concepto de violación en la demanda, se argumenta que el hecho de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio omitiera la inclusión de todos los factores salariales, devengados por el demandante, al momento de liquidar su prestación pensional no sólo vulnera sus derechos a la vida e integridad, sino que desconoce la normatividad que gobierna el régimen prestacional aplicable a los docentes.

Precisó que, existe una vulneración del derecho a la igualdad del demandante en cuanto el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció una

pensión en cuantía inferior a la que por ley le corresponde, a diferencia de los reconocimientos prestacionales que hoy en día realiza, con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el tiempo en que los docentes prestan sus servicios.

De igual forma manifestó que, al demandante se le vulneraron sus derechos al mínimo vital y móvil y a la favorabilidad pues resulta evidente el perjuicio económico que se le causó al negarle la solicitud de reliquidación de su pensión de jubilación, mediante una interpretación normativa desfavorable al pensionado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Secretaría Jurídica del departamento del Valle del Cauca se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en las razones que se resumen así (fls. 49 a 52, del cuaderno No.1):

Manifestó que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no sólo le reconoció una pensión de jubilación al demandante, mediante Resolución No. 0951 de 31 de mayo de 1995 sino que, con posterioridad, esto es, a su retiro definitivo del servicio procedió a reliquidarla a través de la Resolución No. 127 de 22 de febrero de 2000, teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados y aplicables según las Leyes 71 de 1988 y 91 de 1989.

Aclaró que, la citada Resolución No. 127 de 22 de febrero de 2000 fue notificada personalmente al demandante el día 9 de marzo de 2000 quedando en firme en esa misma fecha, toda vez que, el demandante no formuló en su contra los recursos de la vía gubernativa.

Sostuvo que, con la solicitud de reliquidación pensional presentada por el actor en el mes de julio de 2008, lo que se pretende es revivir términos con el fin de modificar la Resolución No. 127 de 2000, la cual como quedó visto se encuentra en firme.

Insiste la entidad demandada en que la reliquidación de la pensión de jubilación puede darse por una sola vez tal como ocurrió en el caso del demandante, a través de la Resolución No. 127 de 2000, razón por la cual no hay lugar a ordenar

una nueva reliquidación pensional en los términos exigidos en la presente demanda.

Finalmente, señaló que en caso de que se acceda a las pretensiones de la demanda resulta necesario declarar prescritas las diferencias a que haya lugar en relación con las mesadas pensionales causadas a favor del demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia de 27 de noviembre de 2009, negó las pretensiones de la demanda con las siguientes consideraciones (fls. 63 a 74, cuaderno No.1):

En primer lugar, advierte el Tribunal que la excepción denominada falta de agotamiento de la vía gubernativa no está llamada a prosperar, dado que contra la Resolución No. 127 de 22 de febrero de 2000 solamente procedía el recurso de reposición, el cual de acuerdo con el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo no constituye un presupuesto para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Sostuvo que, está demostrado que el demandante adquirió su estatus pensional el 18 de agosto de 1994, y que continuó laborando como docente de tiempo completo en el Colegio Santa Librada, del municipio de Cali, Valle del Cauca, hasta el 1 de septiembre de 1999, fecha en la cual se retiró del servicio.

No obstante lo anterior, manifestó el Tribunal que igualmente está probado que el demandante laboró de forma simultánea como docente en la institución educativa Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca, hasta el 1 de septiembre de 2000, fecha en que se registró su retiro definitivo del servicio.

Precisó que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No. 127 de 22 de febrero de 2000 dispuso la reliquidación de la pensión que le había sido reconocida al demandante por el tiempo laborado en el Colegio Santa Librada, del municipio de Cali, Valle del Cauca, teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicio.

En relación con la segunda vinculación del demandante como docente en la institución educativa Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca, sostuvo el Tribunal que tal circunstancia no fue alegada dentro de la documentación que acompañó la solicitud de reliquidación pensional razón por la cual, no es posible acceder a las pretenciones de la demanda.

Finalmente sostuvo que, el hecho de que la pensión gracia que viene percibiendo el demandante hubiera sido reliquidada con inclusión de los factores devengados en la institución educativa Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca, no significa que la pensión ordinaria de jubilación igualmente deba ser reliquidada dado que la Ley 71 de 1988 no contempla tal posibilidad.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído (fl. 101 a 109, cuaderno No.1):

Sostiene que, dentro del proceso quedó suficientemente demostrado que la entidad administrativa incurrió en una vía de hecho al no tener en cuenta en la reliquidación de la pensión del demandante la totalidad de los factores salariales devengados durante el tiempo que permaneció vinculado en la institución educativa Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca.

Precisó que, el actor aportó las certificaciones salariales correspondientes a los servicios prestados en el Instituto Politécnico Municipal de Cali, pero que la entidad demandada desestimó sin razón alguna esta información y no la tuvo en cuenta para el cálculo del promedio de los salarios devengados.

Argumenta que, el Tribunal incurre en un yerro al considerar la doble vinculación docente, se prueba a través de una certificación que consigne un factor salarial denominado “doble acción”, cuando en la realidad dicha circunstancia se demuestra con las certificaciones de tiempo de servicio expedidas por cada una de las instituciones educativas y tenidas en cuenta para liquidar una prestación pensional.

Insistió que, del material probatorio allegado al expediente se concluye que el señor Abelardo López Grisales efectivamente laboró al mismo tiempo en dos

instituciones educativas en las cuales devengaba sueldos independientes, lo que le daba derecho a una nueva reliquidación pensional.

Con relación al fenómeno de la prescripción, manifestó que en el evento de reconocerse la reliquidación de la pensión no deben declararse prescritas las mesadas pensionales causadas, ya que no se trata del reconocimiento de una pensión o de la reliquidación de la misma por retiro definitivo, sino de la aplicación del debido proceso en la actuación administrativa surtida con ocasión de la reliquidación de la pensión.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

El problema jurídico

Se trata de determinar en el presente asunto, si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la prestación pensional que viene percibiendo, con ocasión de su doble vinculación al servicio docente, esto al momento de su retiro definitivo del servicio.

El acto administrativo acusado

Oficio N° 421-024-1452-FRP de 15 de agosto de 2008, suscrito por el Coordinador del Grupo de poyo de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación del Valle del Cauca, que negó la solicitud de reliquidación de la pensión que viene percibiendo el señor Abelardo López Grisales, en su condición de docente oficial (fl. 12 a 13, cuaderno No.1).

De la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público.

En vigencia de la Constitución Política de 1886, el constituyente ya había establecido la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público o de empresas o instituciones en que tuviera parte el Estado, con

excepción de los casos especialmente establecidos por el legislador. Así se observa en el artículo 64 ibídem:

“Art. 64. Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la nación, los departamentos y los municipios.”

Con posterioridad, el Presidente de la República mediante el Decreto Ley 1317 de 18 de julio de 1960, reiteró la prohibición prevista en el artículo 64 de la Constitución Política de 1886. Sin embargo, estableció algunas excepciones a dicha regla entre ellas la referida a las asignaciones provenientes de establecimientos educativos oficiales, siempre y cuando no se tratara de docentes que cumplieran su labor en tiempo completo.

Para mayor ilustración se transcribe el artículo 1 de la citada norma:

“Art. 1º. Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación:

Las asignaciones que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo;

b) Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos;

Las que provengan de pensión de jubilación y del servicio de cargos públicos, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo que disfruten por el cargo, no exceda de mil doscientos pesos (\$1.200,00) mensuales;

d) Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfruten los miembros de las fuerzas armadas.

Parágrafo.- Para los efectos previstos en los ordinales a y b del presente decreto, se entiende por horario normal de trabajo la jornada de ocho (8) horas.”

Mediante el Decreto 1042 de 7 de junio de 1978 el Presidente de la República reiteró las excepciones a la regla prevista en el artículo 64 de la Constitución

Política, esto es, a la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, en los siguientes términos:

“Art. 32. De la prohibición de recibir más de una asignación. De conformidad con el artículo 64 de la Constitución Nacional, ningún empleado público podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, ya sea en razón de contrato, de comisión o de honorarios.

Se exceptúan de la prohibición contenida en el presente artículo las asignaciones que a continuación se determinan:

a) Las que provengan del desempeño de empleos de carácter docente en los establecimientos educativos oficiales, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo.

b) Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal de trabajo permita el ejercicio regular de tales cargos y que el valor conjunto de lo percibido en uno y otro no exceda la remuneración total de los ministros del despacho.

c) Las que provengan de pensión de jubilación y del ejercicio de los cargos de ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, viceministro, subjefe de departamento administrativo, superintendente, secretario general de ministerio, departamento administrativo o superintendencia, director general de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado, secretario general de establecimiento público, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretario privado de los despachos de los funcionarios de que trata este ordinal, siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo recibido en el cargo no exceda la remuneración fijada por la Ley para los Ministros del despacho.

d) Las que provengan de los honorarios percibidos por asistir en calidad de funcionario a juntas o consejos directivos, sin que en ningún caso puedan percibirse honorarios por la asistencia a más de dos de ellas.

e) Las que con carácter de pensión o sueldo de retiro perciban antiguos miembros de las fuerzas armadas, con el mismo límite señalado en el ordinal c del presente artículo.”.

Con la expedición de la Ley 91 de 1989, artículo 15, el legislador permitió la compatibilidad de la pensión ordinaria de jubilación con la pensión gracia esto teniendo en cuenta el carácter especial de que goza la prestación pensional gracia, entendida como una recompensa por parte de la Nación a la labor docente,

sin que para su reconocimiento sea necesario acreditar requisitos distinto a la edad y tiempo de servicio¹.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, el constituyente retomó la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, e incluso estableció la imposibilidad de desempeñar simultáneamente dos empleos públicos.

Así se observa en el artículo 128 ibídem:

“Art. 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

En este mismo sentido, con la expedición de la Ley 4 de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el gobierno nacional al fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, el legislador estableció unas excepciones a la prohibición en comento, en los siguientes términos:

“**ARTÍCULO 19.** Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

¹ Al respecto puede verse la sentencia de 28 de abril de 2011. Rad. 2057-2009. M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.”²

Y por su parte, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 dejó a salvo la compatibilidad entre las prestaciones pensionales y las asignaciones derivadas del ejercicio de la actividad docente. Dicho en otros términos, mantiene la posibilidad de que los docentes a los cuales se les ha reconocido una pensión puedan, disfrutar de dicha prestación y, continuar laborado hasta su retiro definitivo.

Así se lee en la citada norma:

“ARTÍCULO 6o. ADMINISTRACIÓN DEL PERSONAL. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

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

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

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas de 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

² *CORTE CONSTITUCIONAL*, sentencia C-133 de 1° de abril de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo MESA, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, relacionado con la prohibición de recibir doble asignación del Tesoro Público. Excepciones, al respecto dijo:“(…) Al analizar el contenido del artículo 19 de la ley 4 de 1992, antes transcrito, advierte la Corte que en su primera parte reproduce la prohibición constitucional establecida en el artículo 128, en el sentido de prohibir el desempeño simultáneo de más de un cargo público, como el recibo de más de una asignación que provenga del tesoro público, y señala además los casos en los cuales no opera dicha regla general, todo ello como desarrollo fiel de la competencia que le asignó el Constituyente al legislador en el citado canon constitucional.

Entonces como fue el mismo Constituyente quien autorizó al legislador para estatuir los casos de excepción a la citada incompatibilidad, bien podía el Congreso proceder a fijarlas sin cortapisa alguna, salvo el respeto por las normas constitucionales que regulen los derechos o establezcan las garantías que en lo referente al tema sean pertinentes, ya que en la disposición superior mencionada -artículo 128-, no se le señaló pauta, limitación o condicionamiento específico para su debido ejercicio.

Vistas las distintas situaciones que aparecen en la norma acusada y confrontadas con la Carta Política, no encuentra esta Corporación que vulneren ninguno de sus mandatos y, por el contrario, considera que ellos obedecen exclusivamente a la voluntad del legislador, quien fundamentado en juicios o criterios administrativos, laborales, sociales, de conveniencia o de necesidad, los instituyó como a bien tuvo, sin que esta Corporación pueda controvertir esas determinaciones.”.

(…) El artículo 19 de la ley 4 de 1992 que, como se ha repetido a lo largo de esta sentencia, consagra una incompatibilidad que consiste en la prohibición de desempeñar en forma simultánea mas de un cargo público y por tanto el recibo de mas de una asignación que provenga de las arcas del Estado, guarda perfecta armonía con la finalidad u objetivo general de la ley a la cual pertenece -4a. de 1992-, pues en ésta se señalan las normas, objetivos y criterios generales que debe observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, miembros del Congreso Nacional y Fuerza Pública, como también el régimen prestacional de los trabajadores oficiales. Y, como es obvio, las "asignaciones" tienen íntima relación con el tema salarial de que trata la norma. (…)

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.”.

De acuerdo con las normas trascritas, debe decirse que no es posible percibir más de una asignación proveniente del tesoro público y mucho menos desempeñar simultáneamente dos empleos públicos. No obstante lo anterior, en punto de la actividad docente, se exceptúan de dicha prohibición, en primer lugar, los honorarios por concepto de hora cátedra, los cuales resultan compatibles con el ejercicio del empleo de educador y, en segundo lugar, las asignaciones de que gocen los docentes oficiales pensionados, en los términos de la Leyes 4 de 1992 y 60 de 1993.

Así mismo, resulta claro que los docentes que prestan sus servicios a instituciones oficiales de tiempo completo sólo pueden, a parte de ésta actividad, atender labores adicionales de cátedra, por hora, de acuerdo al límite fijado anualmente.

Sobre este particular esta Sección en sentencia de 6 de abril de 2006. Rad. 9080-2005. M.P. Tarsicio Cáceres, expresó:

“(…) De las vinculaciones compatibles e incompatibles. Posición Jurisprudencial. En **Sentencia de febrero 17 de 1993**, y en otros de esta Sala se ha explicado que **a los docentes se les aplicaba el literal a) del Art. 1º del Decreto 1713 de 1960**, porque hace referencia expresa a ellos, y dicho literal no les permite el desempeño de dos cargos de tiempo completo; siendo legal la labor docente no simultánea de tiempo completo y de hora cátedra, hasta antes de la vigencia del Art. 19 de la Ley 4ª de 1992. A partir de esta norma quedó vedado a una misma persona ocupar en forma simultánea dos cargos, independiente de su dedicación, permitiéndose solamente recibir en forma adicional honorarios por hora cátedra, es decir, por horas de clase efectivamente dictadas, situación que no se puede predicar de aquellos vinculados legal y reglamentariamente con dedicación de tiempo completo o parcial, en razón de que la jornada laboral comprende labores de administración, cumplimiento del calendario, atención y preparación de la asignación académica, investigación de asuntos pedagógicos, labores de orientación, disciplina y formación de alumnos de acuerdo con el Decreto 179/82. (…).”.

Así las cosas, debe concluirse que tanto en vigencia de la Constitución Política de 1886 como del régimen constitucional vigente, Constitución Política de 1991, a los

docentes oficiales les ha estado vedado desempeñar de manera simultánea dos empleos que impliquen el ejercicio de su labor en **tiempo completo**. En efecto, sólo les está permitido desempeñar aparte de una vinculación de tiempo completo la cátedra, por horas, esto es, únicamente pueden percibir el salario por la actividad docente de tiempo completo y los honorarios causados por las horas cátedras, a fin de no incurrir en la prohibición constitucional y legal antes referida.

De la reliquidación pensional

Sobre este particular, mediante el Decreto Ley 224 de 2 de febrero de 1972, el Gobierno Nacional estableció que el ejercicio de la actividad docente resultaba compatible con el goce de una pensión por jubilación razón por la cual, debía entenderse que, en el caso que un docente en actividad adquiriera su estatus pensional, y le fuera reconocida una prestación pensional, podía disfrutar de tal reconocimiento y seguir laborando al servicio de la educación oficial.

Así se observa en el artículo 5 del citado Decreto 224 de 1972:

“Artículo 5º.- El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad.”.

En este mismo sentido se advierte que el artículo 9 de la Ley 71 de 1989, establece la posibilidad de que las pensiones ordinarias de jubilación de los empleados públicos puedan ser reliquidadas, al momento de su retiro definitivo del servicio, acreditando para ello el nuevo tiempo y aportes realizados al respectivo ente de previsión social, desde el momento en que le fue reconocida su prestación pensional.

Para mayor ilustración se transcriben las normas que regulan la reliquidación de la pensión de jubilación de los empleados oficiales:

“Artículo 9 .- Las personas pensionadas o con derecho a la pensión del sector público en todos sus niveles que no se hayan retirado del servicio de la entidad, tendrán derecho a la reliquidación de la pensión, tomando como base el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.

Parágrafo.- La reliquidación de la pensión de que habla el inciso anterior, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles.”.

En este mismo sentido, resulta pertinente transcribir el artículo 10 del Decreto 1160 de 1989:

“Artículo 10º.- Reliquidación de la pensión de jubilación. Los empleados oficiales a quienes se les hubiere reconocido el derecho a la pensión de jubilación y no se hayan retirado del servicio, una vez producido éste, se les reliquidará dicha prestación, tomado como base del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

Parágrafo- La reliquidación de la pensión de que trata el presente artículo, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles, cuando a éstas hubiere lugar.”.

Bajo estos supuestos, la posibilidad con que cuentan los docentes de seguir laborando, con posterioridad al reconocimiento de una pensión de jubilación, da lugar a que a su retiro definitivo del servicio puedan solicitar, en los términos del artículo 9 de la Ley 71 de 1988, la reliquidación de su prestación pensional, teniendo en cuenta para tal efecto el promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.

Sobre este particular, esta Sección en sentencia de 16 de febrero de 2006. Rad. 3776-05. M.P. Trascio Cáceres Toro, expresó:

“Ahora, el Art. 9º de la Ley 71/88 -que autoriza la reliquidación pensional por factores devengados al momento del retiro efectivo del servicio- resulta aplicable a quienes antes de su retiro del servicio cuentan con la posibilidad de solicitar su reconocimiento [pensional], continuar en servicio y al momento de su desvinculación efectiva solicitar esa “reliquidación” autorizada por la ley (...).”.

Del caso concreto

Mediante la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Abelardo López Grisales pretende la reliquidación de la pensión de jubilación que viene percibiendo, para lo cual solicita le sea tenida en cuenta su doble vinculación como docente oficial, en la institución educativa Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca.

En efecto, sobre el particular observa la Sala que el señor Abelardo López Grisales se desempeñó como docente de tiempo completo al servicio de la Institución Educativa Santa Librada de Cali, Valle del Cauca, del 6 de octubre de 1966 al 31 de agosto de 1999 y que, de igual forma, prestó sus servicios al instituto educativo Politécnico de Cali, entre el 5 de septiembre de 1973 y el 1 de septiembre de 2000, en jornada completa (fls. 8 y 11).

Así mismo, se advierte que mediante Resolución No. 000951 de 31 de mayo de 1995 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció al demandante una pensión ordinaria de jubilación, en cuantía de \$ 408.952 pesos, teniendo en cuenta para ello únicamente el tiempo y los aportes realizados respecto de su vinculación como docente en la institución educativa Santa Librada de Cali, Valle del Cauca (fls. 2 a 4)

No obstante lo anterior, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 224 de 1972, el demandante continuó laborando tanto en la institución educativa Santa Librada como en el Politécnico municipal de Cali, y disfrutando de la pensión ordinaria de jubilación que le había sido reconocida.

El 1 de septiembre de 1999 se produjo el retiro definitivo del señor Abelardo López Grisales, como docente de la Institución Santa Librada de Cali, Valle del Cauca, razón por la cual, solicitó la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación que venía disfrutando. El 22 de febrero de 2000, mediante Resolución No. 127 el Fondo Nacional de Magisterio accedió a la referida petición, reliquidando su pensión ordinaria de jubilación en cuantía de \$1.192.027 pesos (fls. 5 a 7).

El 1 de septiembre de 2000 el señor Abelardo López Grisales, se retiró definitivamente del servicio como docente de la institución educativa Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca, solicitando nuevamente la reliquidación de la pensión de jubilación que viene percibiendo, para lo cual pidió le fuera tenido en cuenta el tiempo laborado y los aportes realizados en el período en que prestó sus servicios a dicha institución educativa.

El 15 de agosto de 2008, mediante Oficio No. 421-024-1452-FRP el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación departamental del Valle del Cauca, negó la citada solicitud de reliquidación argumentando que: "la

Reliquidación Pensional se da por una sola vez, cuando el docente pensionado, en servicio activo, se retira del servicio definitivamente, para ajustar su cuantía al 75% de los salarios mensuales devengados sobre el último año de servicios. Y, en este caso concreto, tenemos que la reliquidación pensional del docente Alberto (sic) López Grisales, ya que le fue efectuada a través de la Resolución No. 127 del 22 de febrero de 2000, de acuerdo con los factores salariales contenidos en el certificado de salarios aportado para tal efecto; por lo tanto, dicha reliquidación pensional se liquidó de acuerdo a lo preceptuado en la ley. " (fls. 12).

Bajo este supuesto, resulta evidente que la entidad demandada asumió que el señor Abelardo López Grisales tenía derecho a que la prestación pensional que venía percibiendo le fuera reliquidada, en una sola oportunidad, esto a su retiro definitivo del servicio como docente de la institución educativa Santa Librada, de Cali, Valle del Cauca, dejando de lado el tiempo laborado como docente en el instituto Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca.

Sobre este particular, observa la Sala que en el caso concreto el señor Abelardo López Grisales contaba con dos vinculaciones como docente oficial, ambas de tiempo completo, lo que tanto en vigencia de la Constitución Política de 1886 como de 1991 desconoce la prohibición de percibir dos asignaciones provenientes del tesoro público.

Así las cosas, en principio, debe decirse que la doble vinculación de tiempo completo en el servicio docente no da lugar a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio proceda a reliquidar una prestación pensional teniendo en cuenta ambas vinculaciones, dado que dicha conducta, como quedó visto, transgrede la prohibición constitucional y legal de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público.

Así lo expresó la Sala en sentencia de 29 de marzo de 2007. Rad. 3308-2004. M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez:

"En el recurso de apelación se insiste en que la doble vinculación, estaba fundamentada en actos legales y reglamentarios y por lo tanto obligatorios, mientras no fueran anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en consecuencia los salarios percibidos, son elementos integrantes de la remuneración y son factor de salario en la liquidación de las prestaciones sociales del docente fallecido.

La anterior argumentación es desatinada, puesto que la excepción a la prohibición de desempeñar más de un empleo público o percibir más de una asignación del Tesoro Público en el ramo de la educación, vigente para la fecha de vinculación del actor y en la época subsiguiente, es la prevista en el literal a) del precepto transcrito, es decir las que provengan de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo.
(...)

Así pues, la situación de la demandante no se acomoda a las excepciones contempladas en el Decreto 1713 de 1960.

En las anteriores condiciones, es claro para la Sala que el causante, al ejercer la docencia simultáneamente en dos establecimientos oficiales, se encontraba incurso en la prohibición contemplada en las disposiciones constitucionales y legales mencionadas, lo que hace imposible, como lo pretende la actora, ser beneficiaria de la sustitución pensional, en el sentido de que se tenga en cuenta para la liquidación de la prestación, una asignación que fue percibida en contra de la normatividad constitucional y legal vigente. En estas condiciones la petición no es de recibo. “.

No obstante lo anterior, observa la Sala en el caso concreto una variante fáctica respecto del estudiado en la sentencia parcialmente transcrita, en tanto el retiro definitivo del servicio del señor Abelardo López Grisales no se dio en forma simultánea de sus dos vinculaciones como docente oficial, como sí ocurrió en el caso que con anterioridad había ocupado la atención de la Sala. En efecto, el retiro del servicio del demandante como docente de la institución Santa Librada se registró el 31 de agosto de 1999 y, con posterioridad, el 31 de agosto de 2000 se advierte su desvinculación de la institución educativa Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca.

Bajo estos supuestos, si bien el señor Abelardo López Grisales contó con dos vinculaciones al servicio docente de tiempo completo, contrariando la prohibición prevista por el régimen constitucional y legal de 1886 y 1991, debe decirse que, a partir de su retiro del servicio como docente de la institución educativa Santa Librada, 31 de agosto de 1999, la citada concurrencia de vinculaciones desapareció quedando vigente solamente su vinculación como docente del instituto Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cuaca, hasta el 31 de agosto de 2000, fecha en la cual se registró su retiro definitivo del servicio docente.

Así las cosas, estima la Sala que el período laborado por el demandante entre el 31 de agosto de 1999 y el 31 de agosto de 2000 resulta válido para efectos prestacionales, esto es para solicitar la reliquidación de la prestación pensional ordinaria de jubilación que viene percibiendo en su condición de docente dado que, como quedó visto en dicho período no se desconoce la prohibición constitucional y legal prevista para los docentes, de desempeñar dos empleos de tiempo completo, toda vez, que para ese momento la única vinculación laboral vigente del demandante era con el instituto Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca.

No se trata entonces de desconocer la prohibición legal y constitucional de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público ni convalidar una situación irregular, como es la doble vinculación del demandante al servicio docente en tiempo completo, de lo que se trata es de atender a la realidad fáctica que rodea la situación del demandante, esto es, la prestación de un servicio, al Instituto Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca, sin que en ese momento se hubieran contrariado las disposiciones que regulan la actividad docente.

Una consideración distinta, implicaría el desconocimiento de la especial protección de que goza el derecho al trabajo en el Estado Social de Derecho, más aún si se trata de la prestación efectiva de una labor como fue el tiempo laborado por el demandante como docente, en el Instituto Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca, entre el 31 de agosto de 1999 y el 31 de agosto de 2000.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, considera la Sala que no le asiste la razón al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación departamental del Valle del Cauca, cuando afirma en el acto administrativo acusado, que el demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación que viene percibiendo toda vez que, como quedó visto, el señor Abelardo López Grisales no obstante habersele reconocido pensión de jubilación, a partir del 19 de agosto de 1994, continuó laborando al servicio de la educación oficial hasta el 31 de agosto de 2000, momento en el cual sólo contaba con una vinculación como docente en el instituto educativo Politécnico Municipal de Cali, Valle del Cauca.

Así las cosas, resulta evidente que al demandante le asiste el derecho, en los términos del artículo 9 de la Ley 71 de 1989, a que la prestación pensional que viene percibiendo sea reliquidada teniendo en cuenta para ello, únicamente “el

promedio del último año de salarios y sobre los cuales haya aportado al ente de previsión social.”. período que va del 31 de agosto de 1999 al 31 de agosto de 2000, y respecto del cual, como quedó visto no se advierte una doble vinculación como docente de tiempo completo.

En punto de la reliquidación de la citada prestación pensional, la Sala en aplicación de la tesis mayoritaria de esta Sección, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010³. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila, respecto la Leyes 33 y 62 de 1985, considera que se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

³ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de *igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral*” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad. El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez *“será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”*.

Finalmente dirá la Sala que, como en el caso concreto, como el actor formuló la petición de reliquidación pensional sólo hasta el 3 de julio de 2008 (fls. 12 a 13), hay lugar a decretar la prescripción sobre las diferencias originadas en la reliquidación ordenada en esta providencia, y consagrada en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, de tal manera que, el pago de las diferencias sólo se ordenará pagar a partir del 3 de julio de 2005.

Por consiguiente, la Sala revocará la sentencia de 27 de noviembre de 2009 y, en su lugar, accederá a las súplicas de la demanda, por las razones que anteceden.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia de 27 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda promovida por ABELARDO LÓPEZ GRISALES contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE la nulidad del Oficio N° 421-024-1452-FRP de 15 de agosto de 2008, suscrito por el Coordinador del Grupo de Apoyo de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación del Departamento del Valle del Cauca, por medio del cual se le niega al señor Abelardo López Grisales la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación que viene percibiendo en su condición de docente.

CONDÉNASE a título de restablecimiento del derecho, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la pensión ordinaria de jubilación que viene percibiendo el demandante en la forma prevista en la parte motiva de esta providencia.

DECLÁRANSE prescritas las diferencias originadas en la reliquidación de la pensión que viene percibiendo el demandante, causadas con anterioridad al 3 de

julio de 2005, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ