

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Teniendo en cuenta lo ordenado en el numeral 2º del artículo 182 del C.P.A.C.A., en la fecha se procede por parte de este Despacho a dictar sentencia por escrito dentro del presente asunto:

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN

DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

RADICADO No.: 76001-33-33-003-2014-00432-00

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No.: 126

ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

Mediante la demanda incoada se solicita que se provea a estas declaraciones:

- 1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 4143.3.21.1103 del 22 de febrero de 2008, suscrita por JOSE ANIBAL MORALES CASTRO, Secretario de Educación Municipal de Cali en cuanto le reconoció la PENSIÓN DE JUBILACIÓN a mi representado y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado.*
- 2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 13 de Abril de 2007, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a), que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.*

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

- 1. Condenar a LA NACIÓN (sic) MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, a que le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 13 de Abril de 2007, equivalente al 75% del promedio de los salarios,*

sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) indicado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional de mi representado.

2. *Que del valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la resolución No. 4143.3.21.1103 del 22 de Febrero de 2008, suscrita por JOSE ANIBAL MORALES CASTRO, Secretario de Educación Municipal de Cali, que reconoció la pensión de jubilación a mi representado.*
3. *Ordenar a LANACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley.*
4. *Ordenar a LANACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.*
5. *Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal y como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. C.P.A.C.A).*
6. *Ordenar a LANACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor.*
7. *Ordenar a LANACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.*
8. *Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.*
9. *Que las sumas que resultaren a favor de mi mandante se descuente lo cancelado en virtud de la Resolución que le reconoció el derecho a la pensión de jubilación, proferida por la entidad demandada.*

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00432-00

10. Condena en costas.”

1.2. HECHOS.

1.2.1. La demandante laboró por más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2.2. La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó solo la asignación básica, omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior a adquirir el status jurídico de pensionado.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Como tal se señalaron:

- Legales: Ley 91 de 1989, artículo 15; Ley 33 de 1985, artículo 1; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACION.

Expuso que atendiendo a la normatividad existente en cuanto a la pensión de jubilación de los docentes, se puede inferir que a la demandante le es aplicable el régimen pensional establecido en la Ley 91 de 1989 y las demás normas aplicables hasta el momento.

Indicó que la Ley 33 de 1985, no instituyó de manera taxativa cuáles factores salariales constituyen la base para calcular la mesada pensional, de manera general expresa que la pensión mensual vitalicia de jubilación se pagará sobre el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. No obstante no estar definidos los factores salariales, tal circunstancia no impide que se incluyan todos los factores devengados por el trabajador durante el último año de servicios.

Arguyó que sobre el tema se ha pronunciado el H. Consejo de Estado mediante sentencia de unificación de la cual transcribe apartes.

Sustentó que la normatividad es lo suficientemente clara y no admite interpretación en contrario para la inclusión y pago de los factores salariales devengados en la Pensión Ordinaria de Jubilación a favor de la demandante y planteamientos contrarios solo atentan contra derechos adquiridos conforme a la Constitución y la Ley; por lo tanto solicita se acceda a las pretensiones de la demanda en concordancia con el artículo 53 de la Constitución Nacional que regula la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

1.5. TRAMITE PROCESAL.

La demanda es admitida mediante proveído de fecha 21 de enero de 2015 (fls. 27-27vto.), procediéndose a notificar a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Agente del Ministerio Público (fls. 30-34). Mediante auto de sustanciación No. 594 del 11 de junio de 2015, se dispuso la vinculación del Municipio de Santiago de Cali, en virtud de lo manifestado por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en providencia del 24 de febrero de 2015 (fl. 49), de la vinculación se procedió a notificar al Municipio de Santiago de Cali (fl. 51-54).

La entidad demanda NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, contestó la demanda de manera extemporánea (fls. 79-83), al tiempo que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, guardó silencio. (fl.84)

1.5.1. DE LA AUDIENCIA INICIAL¹ – ART. 180 C.P.A.C.A.

El día 4 de agosto de 2016, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. En dicha diligencia se procedió a realizar el saneamiento del proceso, paso seguido se fijó el litigio circunscribiéndose a establecer si el acto administrativo contenido en la Resolución No. 4143.3.21.1103 del 22 de febrero de 2008, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Santiago de Cali, por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación a la demandante se encuentra viciado de nulidad y en caso positivo, decretar el correspondiente restablecimiento del derecho en la forma deprecada en la demanda, esto es, ordenando al extremo pasivo el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de jubilación de la actora a partir del 13 de abril de 2007, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado. Que sobre el monto de la pensión reconocida se apliquen los reajustes de ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la Ley. Que se efectúen los ajustes de valor a que haya lugar sobre las diferencias de las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de tracto sucesivo, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor. Se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena. Además se condene al pago de costas.

Paso seguido y atendiendo a lo establecido en el artículo 179 del C.P.A.C.A., mediante Auto de Sustanciación No. 629, se prescindió de la audiencia de pruebas y con fundamento en el numeral 1º del artículo 182 ibídem, se corrió traslado para alegar de conclusión, momento en que ambas partes reiteraron los argumentos esbozados en la demanda y en la contestación de la demanda.

¹ Folios 103 a 107 del expediente.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00432-00

Finalmente, se dictó sentido del fallo indicando que el Despacho accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

2. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.

Se observa que el proceso se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda.

De otra parte se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes en el proceso, particularmente permitiéndoseles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalada por el ordenamiento jurídico.

3. CUESTION DE FONDO.

3.1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

El presente caso insta responder si: ¿Tiene derecho la demandante a que la NACION –MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI le reliquide y pague la pensión mensual vitalicia de jubilación con el promedio del 75% de todos los factores devengados en el último año anterior al que adquirió el status jurídico de pensionada y atendiendo a la consideración de que se encontraba vinculada antes de la expedición de la Ley 812 de 2003?

3.2. MARCO NORMATIVO.

La Ley 6ª de 1945 estableció para los empleados del sector oficial, la edad de 50 años, hombre o mujer, como requisito para acceder a la pensión ordinaria de jubilación. Como tal disposición no estableció ninguna excepción ni en materia de empleados ni respecto del orden al cual pertenecieran, por lo tanto ha de entenderse incluido el personal docente, lo que se infiere del artículo 17, inciso 2º de dicha Ley:

“Cuando se trate de servidores del ramo docente, las pensiones de jubilación, se liquidarán de acuerdo al promedio de los sueldos devengados durante el último año” (Subrayado del Despacho)

La Ley 4ª de 1966 contempló normas relacionadas con el monto de la pensión pero no con los requisitos para gozar de ella, esto es, edad y tiempo de servicio, de donde se concluye que en cuanto al primero de los nombrados requisitos continuaba aplicándose la Ley 6ª, es decir, 50 años de edad para hacerse acreedor a la mentada prestación.

El Decreto 3135 de 1968 –*aplicable al orden nacional*- en su artículo 27, inciso 1º dispuso que, el empleado público o trabajador oficial que sirviera 20 años

continuos o discontinuos y llegara a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendría derecho a que la respectiva entidad de previsión le pagara una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio (Derogado en forma expresa por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985).

Es evidente que hasta el año 1968, tratándose del empleado del sector territorial, en materia pensional (comprendido el personal docente) regía la Ley 6ª de 1945, toda vez que la norma citada precedentemente fue expedida para el orden nacional exclusivamente.

Posteriormente fue expedido el Decreto 2277 de 1979 que si bien consagró un régimen especial para los docentes, no reguló la pensión ordinaria de jubilación. En efecto, el artículo 70 de la citada norma estableció: "*Pensión. El reconocimiento y pago de pensiones continuará sujeto al régimen especial vigente en la fecha de expedición de este decreto para los educadores oficiales*"

No obstante, la preceptiva señalada fue declarada inexecutable por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de febrero de 1981, en cuyo aparte concerniente expuso:

"(...) No obstante, estima la Corte que si bien dicho inciso primero resulta inexecutable, no lo es en modo alguno por el hecho de haberse reiterado la mencionada vigencia de las normas en cita, LA CUAL SIGUE INTANGIBLE a todas luces, sino única y exclusivamente porque la ley de facultades otorgada por el congreso al presidente, no comprende en ningún momento la autorización para pronunciarse en materia de pensiones de jubilación respecto del gremio de los maestros tantas veces mencionado" (Subrayado del Despacho)

El pronunciamiento de la Corte evidencia que a la expedición del Decreto referido, continuaba rigiendo en materia pensional para los docentes la Ley 6ª de 1945 y su Decreto Reglamentario 2767 del mismo año.

Con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, el régimen pensional para los empleados de cualquier orden, incluidos los docentes, estableció como requisito para acceder a la mencionada prestación, veinte (20) años de servicio y la edad de cincuenta y cinco (55) años tanto para el hombre como para la mujer. Previó además que la pensión será equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

De la redacción de la norma ha de entenderse, que la Ley 33 de 1985 cobija a todo empleado oficial sin distinción del orden a que pertenezca, veamos:

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

Y el parágrafo 2° establece:

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

Como puede verse, el legislador unificó la edad en cincuenta y cinco (55) años, comprendiendo mujeres y hombres, dejando al amparo de la legislación anterior en materia de edad de jubilación, a quienes se encontraran en la situación contemplada en el parágrafo transcrito, esto es, quince años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 33 -13 de febrero de 1985-, según quedó establecido a partir de la declaratoria de inexecutable de la expresión *“rige a partir de su sanción y”* contenida en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985, realizada a través de la Sentencia C-932 de 2006.

Y el régimen anterior en cuanto a la edad para tener derecho a la pensión de jubilación era el Decreto 3135 de 1968 para empleados del orden nacional y la Ley 6ª de 1945 para empleados del orden territorial.

También están exceptuados de la aplicación de la Ley 33 de 1985, los empleados oficiales que trabajen en *“actividades que por su naturaleza justifique la excepción que la Ley haya determinado expresamente”* y aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones; de igual manera lo están los empleados oficiales que a la fecha de entrada en vigencia de la ley hubiesen cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación.

Por su parte, la Ley 62 de 1985, en el artículo 1° dispuso:

“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica y ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes” (Subraya del Despacho)

El proceso de implementación de la nacionalización (Ley 43 de 1975), avanzó con la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la Ley 91 de 1989, que se ocupó en su artículo 15 del régimen prestacional:

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

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

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

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional (...).”

Y dicho régimen, de acuerdo con la normatividad que se ha dejado plasmada, es la de la Ley 33 de 1985 que en cuanto a requisitos para la pensión de jubilación, estableció la edad 55 años, como ya se anotó, o la Ley 6ª de 1945 o el Decreto 3135 de 1968, según el caso, si se encuentra dentro de las previsiones del párrafo 2° de la citada Ley 33 de 1985.

Acorde con el contenido de la Ley 91 de 1989, las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales se rigen por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y demás normas expedidas a futuro. Sobre tal aspecto es necesario precisar que la norma en cita hace especial referencia a la vigencia de las normas que regulan materias prestacionales, lo cual quiere decir que en lo relacionado con la pensión de jubilación no son aplicables los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 ni el 73 del Decreto 1848 de 1969 ni menos aún el Decreto 1045 de 1978 en cuanto al monto pensional, toda vez que dichos apartes fueron derogados por la Ley 33 de 1985 y por ende modificados por la Ley 62 del mismo

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00432-00

año, siendo éstas últimas normas las que orientan la materia para el personal en mención.

Adicionalmente, con la Ley 60 de 1993 –artículo 6°, inciso 3°-, se reafirma el aspecto de que, para los nacionalizados en materia prestacional, se debe aplicar el régimen reconocido en la Ley 91 de 1989, es decir, el que venían gozando en cada entidad territorial.

La Ley 115 de 1994, conocida como la Ley General de la Educación, en el artículo 115 dispuso:

“Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del estatuto docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley”

Por su parte, el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones” señala:

“ARTICULO 36. Régimen de Transición. (...)

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (Nota: Las expresiones resaltadas en este inciso, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-168 de 1995, Providencia confirmada en las Sentencias C-058 de 1998 y C-146 de 1998.).”

La Ley 100 de 1993, en el artículo 279, consagró a quienes excluye en forma expresa, con el siguiente tenor literal:

“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 aquel 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 (...)”.

En resumen, el servidor público que para el 1º de abril de 1994 no hubiese cumplido todos los requisitos para acceder a la pensión y se halle sometido al régimen de transición de que trata el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (que en materia pensional quedó bajo el imperio del régimen legal anterior en cuanto a edad, tiempo y monto pensionales) tiene derecho a que la liquidación y reconocimiento de su pensión se hagan conforme al régimen pensional anterior al que estaba sometido.

El Decreto 1158 de 1994 reglamentario del Decreto 691 de 1994 que modificó algunas disposiciones de la Ley 100/93, hizo una nueva relación de los factores que constituyen el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos que fueron incorporados a dicho sistema, así:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;"*

La Ley 812 de 2003 que aprobó el Plan de Desarrollo 2003 a 2006, reglamentada por el Decreto 3752 del mismo año, distinguió entre el personal docente vinculado con anterioridad a su entrada en vigencia y el vinculado con posterioridad a la misma para ordenar frente a los primeros la permanencia del régimen prestacional establecido en las disposiciones anteriores. El contenido literal de la norma es del siguiente tenor:

"Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley".

El citado artículo 81 fue reglamentado, entre otros, por el Decreto 3752 con vigencia a partir del 23 de diciembre de 2003, que en su artículo 3º señaló:

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

El Decreto 2341 del 19 de agosto de 2003 reglamentó la Ley 812 del mismo año ordenando que el Ingreso Base de Cotización de los docentes afiliados al Fondo

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00432-00

de Prestaciones Sociales fuera el establecido por el Decreto 1158 de 1994 y los que lo modifiquen o adicionen.

Posteriormente, el Acto Legislativo 1 de 2005, en relación con el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, precisó en el párrafo transitorio 1° del artículo 1° lo siguiente:

“Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

(...)

Parágrafo transitorio 1°. 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 ésta. 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”.

Debe precisarse, que la vigencia del Decreto 3752 de 2003 se prolongó solo hasta el día 25 de julio de 2007 al haber sido derogada expresamente por la Ley 1151, lo que implicaría la aplicación del régimen pensional anterior a su vigencia, esto es, el establecido por la Ley 62 de 1985.

De todo lo expuesto pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. El reconocimiento, liquidación y pago de la pensión ordinaria de jubilación para el ramo docente no posee una reglamentación especial, por ende, se rige por las normas que en materia pensional sean expedidas para el sector oficial.
2. En materia pensional, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 contemplaron la liquidación de las pensiones sobre el 75% de lo devengado por todo concepto. Esta disposición fue posteriormente modificada por las Leyes 33 y 62 de 1985, las cuales enunciaron los factores salariales respecto de los cuales debían ser incluidos para la liquidación, pero haciendo la salvedad que las pensiones no podrán ser inferiores a la base de cotización sobre la cual se realizan los aportes.

En este punto precisa el Despacho que los factores salariales sobre los cuales debe cotizarse para pensiones, y por ende, respecto de los cuales ésta debe ser calculada, corresponden a los fijados por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y la Ley 62 de 1985, pero, en todo caso, el monto de la pensión deberá incluir la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la consolidación del status de pensionado, con independencia que se hubieran efectuado las cotizaciones o no. Lo anterior como quiera que los factores referidos en las normas enunciadas, no tienen el carácter taxativo sino simplemente enunciativo, y por ende debe partirse de la base del concepto de salario entendido

como toda retribución percibida por el empleado de manera habitual y periódica como retribución directa por los servicios prestados.

Este es el alcance de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA – Exp. 0112-2009-, en el que al UNIFICAR el criterio frente a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, varió las diversas posiciones que se habían adoptado frente al tema por parte de las Subsecciones “A” y “B” de la Sección Segunda, estableciendo que la relación de factores que consagra la Ley 33 de 1985 NO ES TAXATIVA sino eminentemente ENUNCIATIVA, y por ende, en aras de respetar los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, *“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”*. Consagrando como única excepción las sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

3.3. APLICACIÓN DE LA SENTENCIA SU-230 DE 2015 AL SECTOR DOCENTE.

A partir de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, la sección segunda del H. Consejo de Estado ha venido reiterando en diversas sentencias que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985, debe tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3° de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. Así por ejemplo, en sentencia del 26 de agosto de 2010² se replica lo dicho en la sentencia de unificación y con base en ello se ordena incluir las primas de vacaciones, alimentación y navidad en la liquidación de una pensión; luego, en sentencia del 25 de noviembre de 2010³, se dispone reliquidar la pensión con base en la bonificación semestral y las primas de productividad, navidad y de vacaciones que no habían sido tenidas en cuenta.

Sin embargo, pese a la posición unificada del H. Consejo de Estado en lo que respecta a los factores que deben integrar el ingreso base de liquidación pensional en el marco de la aplicación de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, la Sala Plena de la H. Corte Constitucional en sentencia de

² Consejo de Estado – Sección Segunda – subsección B - Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA - veintiséis (26) de agosto de dos mil diez (2010) - Radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159-01(1738-08).

³ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN- veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010) -Radicación número: 73001-23-31-000-2007-00146-01(0465-09).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00432-00

unificación SU-230 del 29 de abril de 2015, se ocupó de resolver en sede de revisión una tutela de un servidor público beneficiario del régimen de transición, a quien se le liquidó la pensión tomando como Ingreso Base de Liquidación (IBL) el correspondiente al salario promedio devengado por el trabajador durante los últimos 10 años, aduciendo el accionante que con ello se aplicaron indebidamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incisos 2º y 3º, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, 1º de la Ley 62 de 1985, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 y artículos 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969, pues su sentir, la pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio en el que se incluyen todos los factores salariales.

Frente al asunto puesto a su consideración, la H. Corte Constitucional aclaró que "(...) el ingreso base de liquidación IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en el régimen general, las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca". (Se subraya por el Despacho).

Para explicar su tesis la Corte aludió a la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecida en el fallo de Constitucionalidad C-258 de 2013, en el que por primera vez analizó el IBL y explicó que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el promedio de liquidación. Agregó que, cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a "*monto de la pensión*", como prerrogativa que se mantiene conforme a las disposiciones legales del régimen anterior, se está refiriendo a la tasa de remplazo o porcentaje aplicable al ingreso base de liquidación (IBL). A su turno indicó, que cuando el inciso 3º de dicha norma expresamente establece cuál debe ser el IBL, el "*monto*" será el porcentaje aplicable a esa base y será el señalado por la normatividad anterior que rija el caso concreto, es decir, la Ley 33 de 1985. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el "*monto*" de la pensión sino ser parte de la base de liquidación de la misma, serán "*los señalados por la normatividad actual*", en este caso, el Decreto 1158 de 1994.

Empero, esta interpretación no resulta aplicable en el caso de los docentes, dado que de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 a estos no se aplica el régimen de transición de la Ley 100 de 1993; adicionalmente, los docentes se clasifican en dos (2) grupos:

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

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

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

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

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

De donde resulta, que el ajuste de las pensiones sólo es viable para los docentes vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, con el fin de incluir todos los factores de liquidación contemplados en las normas a ellos aplicables, que se encontraban rigiendo al momento en que entró en vigencia dicha ley.

4. EL CASO CONCRETO.

Dentro de la foliatura aparecen demostrados los siguientes hechos:

- Mediante la Resolución No. 4143.3.21.1103 del 22 de febrero de 2008, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación, a favor de la señora ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN, efectiva a partir del 14 de abril de 2007 (fls. 3-5).
- A través de la Resolución No. 4143.0.21.10896 del 07 de diciembre de 2011, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali, se reconoció y ordenó el pago de una prestaciones extralegales establecidas en el Decreto 0216 de 1991 certificadas por el Ministerio de Educación a favor de la demandante señora ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN para los años 2004 a 2010 (fls. 7-8).
- De acuerdo con la certificación suscrita por el Rector y el auxiliar administrativo de la Escuela Normal Superior Farallones de Cali de fecha 25 de abril de 2013,

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00432-00

se establece que la docente ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN, labora en dicha institución en propiedad, nivel básica primaria, desde el 1° de octubre de 1979 y fue incorporada a la planta docente del Municipio de Santiago de Cali desde el 15 de julio de 2003, devengando los siguientes factores durante los años 2006 y 2007: salario básico, prima vacacional, prima de navidad y los factores extralegales de prima de servicios y prima de antigüedad (fl. 11).

4.1. ANALISIS DEL CASO.

Tal y como quedó acreditado, la demandante se encontraba afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio dada su calidad de docente, acorde con lo dispuesto por las Leyes 91 de 1989 y 115 de 1994, circunstancia que la excluye de la aplicación del sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, por lo que su derecho pensional está reglado por las normas anteriores aplicables a los empleados públicos.

Ahora bien, se observa que la actora ingresó al servicio el 1° de octubre de 1979, según se extrae de la certificación expedida por Rector y el auxiliar administrativo de la Escuela Normal Superior Farallones de Cali, adquiriendo su status pensional el 13 de abril de 2007, tal y como se desprende del contenido de la Resolución No. 4143.3.21.1103 del 22 de febrero de 2008 (fl.3), siendo esta es la razón por la cual dicha prestación se encuentra sometida al imperio de la Ley 812 de 2003, norma que de igual forma remite a las disposiciones anteriores que regulan la materia, esto es, a las Leyes 6ª de 1945, Decreto Legislativo 3135 de 1968, Decreto Legislativo 1045 de 1978 y Ley 33 de 1985, según sea el caso.

Al respecto se debe precisar que conforme a lo dispuesto por la Ley 115 de 1994, el régimen prestacional de los educadores estatales es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, por ende, la pensión de jubilación ordinaria para el personal docente, no posee un régimen especial situación por la cual no puede ser excluida de la aplicación de la Ley 33 de 1985 conforme a la excepción traída por su artículo 1°.

Como el punto central en el que gravita la controversia que se plantea con la demanda hace relación a los factores salariales que deben ser incluidos en el cálculo del monto de la pensión, se establece que, acorde con el criterio efectuado por el H. Consejo de Estado en sentencia del 04 de agosto de 2010, a la cual se hizo alusión en precedencia y que este Despacho acoge por no estar en contravía de la reciente interpretación adoptada por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, la definición de tales factores consagrada por el artículo 1° de las Leyes 33 y 62 de 1985, a saber, asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, es eminentemente ENUNCIATIVA, siendo viable incluir como factores determinantes para el cálculo del monto de la pensión, todos aquellos que

constituyen salario, esto es, todas las sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios.

En este orden de ideas se concluye que, los factores salariales devengados por la actora en el año inmediatamente anterior a adquirir su status pensional y certificados por la Escuela Normal Superior Farallones de Cali, (fls.11-12), entre el lapso comprendido del 13 de abril de 2006 y 13 de abril de 2007, fueron los siguientes: asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad, que tal y como quedó expuesto en el marco jurisprudencial al que se encuentra sometido el caso deben ser incluidos como factor salarial para calcular el monto de la pensión de jubilación, por constituir salario.

En consecuencia, advirtiéndose que las primas de vacaciones y navidad que devengó la demandante en el año inmediatamente anterior al status pensional no fueron incluidas al momento de liquidar su pensión de jubilación, se hace procedente la declaratoria de nulidad de los actos administrativos acusados y en consecuencia se accederá al restablecimiento del derecho solicitado en la demanda.

Finalmente y en lo que respecta a las primas extralegales de servicio y de antigüedad que devengó la demandante en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, las cuales fueron certificadas (fl. 11) y cuyo pago fue reconocido mediante actos administrativos de los cuales obra copia en el expediente (fls. 7-9), se sabe que fueron reconocidas por el Municipio de Santiago de Cali mediante el Decreto Municipal 0216 de 1991⁴, vigente a partir del 1° de enero de 1991, tal y como lo indica el artículo 60⁵.

En un caso similar al presente, el H. Consejo de Estado analizó la posibilidad de incluir en la liquidación pensional de la demandante los factores extralegales reconocidos mediante acto territorial por la Alcaldía de Bogotá, en vigencia de la constitución de 1986 correspondientes a: prima de navidad extralegal, prima de antigüedad, vacaciones, prima de alto riesgo visual, quinquenio y prima de calor, determinando que su inclusión en la pensión era improcedente por tratarse de factores cuya creación se dio por fuera del marco legal y constitucional de competencias, así, la referida Corporación dispuso⁶:

"Pues bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con derechos salariales creados mediante actos expedidos por autoridades del orden territorial⁷ con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

(...)

⁴ Por el cual se fijan prestaciones sociales y otros beneficios para empleados públicos de la Administración Central de Santiago de Cali.

⁵ El decreto 0216 de 1991 puede ser consultado en la página web de la Alcaldía de Santiago de Cali: www.cali.gov.co

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, C.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12).

⁷ Sección Segunda, Sentencia de 27 de octubre de 2011, expediente No. 1313-08, Actor: Manuel Isidro Sánchez Guerrero, Demandado: Hospital San Rafael de Pacho –Cundinamarca.

Es decir que ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991, la fijación del régimen prestacional ha sido competencia de las entidades territoriales, pues ha sido del resorte del Congreso o el Legislador extraordinario.

En lo que se refiere a la fijación de sueldos, antes del año 1968 las entidades territoriales tenían una potestad amplia, ahora, con la Constitución de 1991 existe una competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

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

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

(...)

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

(...)

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

De lo anterior se extrae que hasta antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968, las autoridades territoriales tenían la potestad de fijar prestaciones para sus empleados, sin embargo, con posterioridad a tal año esta potestad quedó en cabeza del Congreso o el legislador extraordinario, situación que se mantuvo en vigencia de las Constituciones Políticas de 1986 y 1991.

Así, para determinar si una prestación extralegal reconocida por una entidad territorial puede o no ser incluida como factor salarial en la liquidación pensional, debe establecerse si aquella efectivamente fue reconocida bajo el marco de competencias legales y constitucionales del ente territorial, el cual se repite, se mantuvo solo hasta el año 1968.

En los anteriores términos, solo podrá incluirse dicho emolumento en la liquidación pensional si la disposición territorial que lo creó fue expedida con anterioridad al año 1968 y el empleado que la devenga se vinculó al servicio de la entidad con anterioridad a tal fecha, pues de lo contrario, si el acto territorial creador de la prestación es posterior al año 1968, se entenderá que el mismo fue expedido con ausencia de competencia para ello y no podrá convalidarse tal irregularidad incluyendo el mismo en la liquidación pensional respectiva.

De otra parte, si el acto territorial que reconoce la prestación es anterior al año 1968, pero el empleado que se beneficia de éste es vinculado al servicio de la entidad con posterioridad a tal año, la prestación reconocida tampoco podrá ser incluida como factor en la respectiva liquidación pensional.

Teniendo en cuenta lo anterior, y analizando el caso concreto, se observa que la disposición territorial que reconoció las primas extralegales de servicio y antigüedad a la demandante, valga decir, el Decreto 0216 del 18 de febrero 1991, fue expedida con posterioridad al año 1968, esto es, en vigencia de la Constitución Política de 1886 y por ende, sin tener competencia el Municipio de Santiago de Cali para ello, ya que la misma radicaba en cabeza del Congreso, razón por la cual no tendría sentido, ni se ajustaría a la lógica de lo razonable, que si en esa materia, no tienen competencia autoridades territoriales, dada la prevalencia del principio de unidad nacional, dichos factores salariales extralegales, contrarios al ordenamiento jurídico, pudieran tener incidencia en la determinación de otras prestaciones, como la pensión, validando situaciones que son claramente inconstitucionales desde su origen. Además, se debe tener en cuenta que no es dable invocar derechos adquiridos con prerrogativas cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal. Por lo anterior no habrá de reconocerse la reliquidación pensional con la inclusión de las primas de servicios y antigüedad, las cuales son de carácter extralegal.

4.2. DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

A título de restablecimiento del derecho se condenará a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que reliquide la pensión de jubilación en el equivalente al 75% del salario devengado en el año anterior al status pensional, esto es, entre el 13 de abril de 2006 al 13 de abril de 2007, incluyendo la totalidad de los factores percibidos, según formato certificado de salarios (fl.11), que corresponden a: asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00432-00

En igual sentido se dispone, que en caso de no haberse efectuado por la parte demandante los aportes sobre todos los factores que deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, la entidad demandada deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes.⁸

4.3. DE LA PRESCRIPCION TRIENAL DE LAS MESADAS CAUSADAS.

Precisa el Despacho, que si bien es cierto la pensión de jubilación es una prestación imprescriptible y su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo, no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales las cuales no se hallan amparadas por esta excepción –prescriben cada tres años-.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional –Sala Plena en sentencia de constitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) de la Ley 116 de 1928. Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, del veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998), sostuvo:

“(...) dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho. Este criterio, ha sido igualmente sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a las siguientes transcripciones:

En la Sentencia del 25 de octubre de 1.985:

“la pensión proporcional de jubilación es imprescriptible, salvo la prescripción de las respectivas mesadas pensionales, que prescriben a los tres años, como lo tiene dicho la jurisprudencia.”

Y en la Sentencia del 26 de mayo de 1.986:

“Respecto al fondo del asunto se observa que, conforme lo ha definido la jurisprudencia, la pensión de jubilación, por ser una prestación social de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, no prescribe en cuanto al derecho en sí mismo, sino en lo atinente a las mesadas dejadas de cobrar por espacio de tres años, y, además, trae aparejada una situación jurídica regulada por la ley que, entre otras cosas, incluye los reajustes económicos de tal derecho”.

En este caso, al no haberse presentado derecho de petición ante la entidad demandada, y demandarse directamente el acto de reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante se tendrá como fecha de interrupción de la prescripción la de la presentación de la demanda, esto es, el día 6 de noviembre de 2014, por tanto, los reajustes de las mesadas causadas con anterioridad al 6 de noviembre de 2011, se encuentran prescritas, tal y como se declarará en la parte resolutive de esta sentencia.

⁸ Sentencia de agosto tres (3) de dos mil (2000) Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Exp. No. 17.312.

4.4. DEL AJUSTE DEL VALOR.

Las sumas que resulten de liquidar el valor de la prima de servicios se actualizarán aplicando para ello la fórmula aceptada de vieja data por el H. Consejo de Estado, así:

$$R = RH \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la demandante desde la fecha a partir de la cual adquirió el derecho, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para aquella en que debió hacerse el pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la causación de cada uno de ellos. La liquidación de la indexación la deberá realizar le entidad demandada dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

4.5. CONDENA EN COSTAS.

Dado que las pretensiones de la demanda prosperaron, es procedente condenar en costas a la NACION -MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a favor de la parte demandante. La cuantificación se liquidará por secretaría de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con el artículo 365 del C.G. del P.

Así mismo, se condenará en agencias en derecho a la parte demandada NACION -MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a favor de la parte demandante, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con el artículo 365 del C.G. del P. y el Acuerdo 1887 de 2003, emanado del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa. El Despacho fija el quantum en un cinco por ciento (5%) del valor de la liquidación aquí ordenada. Su liquidación deberá realizarse por secretaría e incluirse en la liquidación de las costas.

Es de anotar que las condenas y órdenes que se impartirán en la parte resolutive de la presente providencia van dirigidas única y exclusivamente en contra de la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y no en contra del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL, por cuanto, si bien es cierto el Secretario de Educación Municipal de Santiago de Cali aparece suscribiendo el acto administrativo por medio del cual se reconoce la pensión de jubilación de la demandante, no es menos cierto que, la expedición de tal acto tuvo lugar en ejercicio de las funciones delegadas en virtud del artículo 3º del Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005 emanado del Ministerio de Educación

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00432-00

“Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones”, quedando en todo caso el pago de las acreencias laborales a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quien procederá a su desembolso a través de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del susodicho fondo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 4143.3.21.1103 del 22 de febrero de 2008, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali, a través de la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de Restablecimiento del Derecho, **ORDENAR** a la **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** reliquidar la pensión de jubilación de la demandante en el equivalente al 75% del salario devengado en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status, esto es, entre el 13 de abril de 2006 al 13 de abril de 2007, incluyendo la totalidad de los factores percibidos, según el certificado de salarios (fl.11), que corresponden a: asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad, y sobre los cuales en el evento de no haberse realizado los respectivos descuentos por aportes, la entidad podrá realizarlos para proceder a la reliquidación. Se advierte que no habrá de reconocerse en la reliquidación pensional la inclusión de las primas de servicios y antigüedad, las cuales son de carácter extralegal.

Las sumas que resulten de la reliquidación de la pensión de la demandante se ajustarán debidamente, aplicando para ello la fórmula señalada en la parte motiva de este fallo y devengarán intereses en los supuestos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

TERCERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, sobre los reajustes pensionales causados con anterioridad al 6 de noviembre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** al pago de costas a favor de la parte demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ZOILA MARIA SOLARTE ALBAN

DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

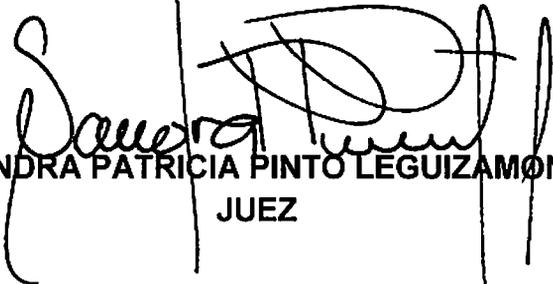
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00432-00

QUINTO: CONDENAR en agencias en derecho a la **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y a favor de la parte demandante, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con el artículo 365 del C.G. del P. y el Acuerdo 1887 de 2003, emanado del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa. El Despacho fija el quantum en un cinco por ciento (5%) del valor de la liquidación aquí ordenada. Su liquidación deberá realizarse por secretaría e incluirse en la liquidación de las costas.

SEXTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, expídase copia auténtica de la misma con las respectivas constancias de su notificación, ejecutoria de conformidad con el artículo 114 inc. 2º del C.G. del P.

SEPTIMO: En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SANDRA PATRICIA PINTO LEGUIZAMÓN
JUEZ

NGV