



**JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO
ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**

Santiago de Cali, dos (2) de junio de dos mil diecisiete (2017).

SENTENCIA N° 43

Radicación: 76001-33-33-006-2015-00214-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
Demandante: MARÍA RAQUEL BELTRÁN LÓPEZ
Demandado: NACIÓN – MIN. EDUCACIÓN - FOMAG

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el despacho a proferir sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A, impetrado por la señora María Raquel Beltrán López actuando a través de apoderado judicial en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio inicialmente, y al cual, mediante auto interlocutorio N° 591 del 09 de julio de 2015¹ se vinculó como Litisconsorte necesario de la parte pasiva al Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Educación.

I. DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 4143.0.21.2271 del 20 de marzo de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a la señora María Raquel Beltrán López.

Conforme a lo anterior, reclama al despacho que declare que la demandante tiene derecho a que las entidades accionadas reliquiden la pensión de jubilación tomando como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios, con la inclusión de todos los factores salariales, esto es, asignación básica mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación, prima de servicio docente y prima de antigüedad; ello con base en lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, Ley 62 de la misma anualidad, y artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Una vez realizado el reajuste, pretende que se ordene el pago del valor de las diferencias resultantes entre el valor reconocido conforme a la Resolución N° 4143.0.21.2271 del 20 de marzo de 2015, y el valor de su prestación reajustado, desde el momento en que adquirió el status pensional con los correspondientes reajustes de Ley.

Igualmente solicita ordenar a la entidad que dé cumplimiento al fallo que reconozcan las pretensiones anteriores, con base en lo regulado en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, realizando el reajuste con base al IPC en atención a lo establecido en el artículo 187 ibídem.

Que se condene en Costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

¹ Véase folio 32 del cuaderno único.

1.2 HECHOS

Relata que prestó servicios por más de 20 años de forma continua, y al momento de adquirir su status pensional se encontraba vinculada a la planta de personal docente del Municipio de Santiago de Cali; por tal razón el día 23 de septiembre de 2014 presentó solicitud ante la secretaría de educación de Cali, la cual fue radicada bajo el N° 2014-PENS-018800; con el fin de que se le reconociera pensión vitalicia de jubilación.

En respuesta a su solicitud, mediante Resolución N° 4143.0.21.2271 del 20 de marzo de 2015 la Secretaría de Educación Municipal le reconoció la prestación solicitada en la cual se tomó como ingreso base de liquidación la asignación básica promedio y la prima de vacaciones por un valor de \$2.096.111, excluyendo otros factores que fueron devengados por la actora tales como prima de navidad, bonificación Dcto 1566/2014, prima de servicio docente y prima de antigüedad, frente a los cuales manifiesta que se encuentran reconocidos por el Ministerio de Educación y son pagadas con el Sistema General de Participaciones.

Frente a los factores excluidos, argumenta que fueron reconocidos por la entidad territorial en virtud del Decreto Municipal 0216 de 1991, y que tratándose de primas extralegales que son pagadas con el sistema general de participaciones, se están desconociendo sus derechos prestacionales.

Expresa que no se presentó solicitud de conciliación extrajudicial como quiera que se está discutiendo el derecho al reajuste pensional, y el mismo constituye una prestación periódica además de ser cierta e indiscutible.

1.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política en los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 58.
- Ley 33 y Ley 62 de 1985.
- Ley 100 de 1993.

Luego de realizar una cita de las Normas Constitucionales consideradas como violadas, manifiesta que la dignidad de la actora está siendo vulnerada por las entidades demandadas, por la discriminación a la que ha sido sometida pues sin justificación legal ha sido desmejorada de su mesada pensional al no incluir todos los factores salariales a que tiene derecho.

En cuanto a la violación de la Ley, manifiesta que debe aplicarse el régimen de transición para los empleados públicos contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que al respecto establece que aquellos que antes del 01 de abril de 1994, tuviesen una edad de 35 años para las mujeres y 40 para los hombres, o 15 años de servicio, quedaban cobijados con el régimen anterior más favorable, y para el caso debe acudir a lo regulado en la Ley 33 y 62 de 1985; para cuya aplicación indica que debe acogerse lo preceptuado por el Honorable Consejo de Estado en la sentencia de la Sección Segunda del 4 de agosto de 2010, en la cual se concluye que el ingreso base de liquidación para el cálculo del monto pensional está compuesto por la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio, y que la lista contenida en las normas en referencia se encuentra de manera enunciativa y no taxativa, siendo posible incluir aquellos factores salariales que efectivamente fueron devengados por el servidor como prestación directa del servicio y que no se encuentren enunciados en la Ley.

Finalmente deja de presente que no comparte los lineamientos legales proferidos por las entidades demandadas, por cuanto excluyen factores salariales devengados por la demandante sin atender los pronunciamientos del Máximo Órgano de la Jurisdicción.

1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Según constancia secretarial visible a folio 162 del expediente la parte demandante no alegó de conclusión.

II. DEFENSA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

2.1 NACIÓN – MIN. EDUCACIÓN – FOMAG

En la contestación de la demanda² la entidad se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y condenas solicitadas por la parte actora, manifestando que el actor adquirió el status de pensionado en fecha posterior a la expedición de la Ley 812 del 26 de junio de 2003 y sus decretos reglamentarios 3752 y 2341 del mismo año, normas en la que no se incluyen las prestaciones solicitadas como factores base de liquidación de los aportes que sirven para determinar la cuantía de la pensión.

Propone como excepciones “*falta de legitimidad en la causa por pasiva*” e “*indebida presentación de la demanda*”, estas ya resueltas en audiencia; así como la denominada “*prescripción*” e “*inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley*”.

2.2.1 ALEGATOS

En escrito visible a folio 159 del expediente ratifica los argumentos de defensa presentados en la contestación de la demanda, señalando que la demandante es pensionada por haber cumplido los requisitos establecidos en la ley 33 de 1985, por lo que el fondo negó la solicitud al considerar que las primas de navidad, vacaciones y alimentación no son factores salariales computables para la determinación del monto de la pensión, porque estos conceptos no están incluidos en la lista taxativa de factores que conforman el ingreso base de liquidación de aportes.

2.2 MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

En escrito visible a folio 70 del expediente la entidad accionada contesta la demanda manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Establece que la Secretaría de Educación ejerce sus funciones siempre en cumplimiento de la Constitución Política y las leyes, que la entidad ha acatado lo estipulado en la Ley 91 de 1989 y en el Código Contencioso Administrativo y demás normas y decretos propios al régimen especial del magisterio.

Que los docentes gozan de un régimen especial, previsto en la ley 91 de 1989, la cual estableció en el artículo 3 la creación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial y cuyos recursos están manejados actualmente por la Fiduprevisora S.A., entidad encargada de responder en el evento de imputarse responsabilidad, pues es la que revisa y aprueba los actos administrativos de reconocimiento o negación de prestaciones sociales tramitados y proyectados por la Secretaría de Educación Municipal.

Propone la excepción de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” ya resuelta en audiencia inicial.

2.1.2 ALEGATOS según constancia secretarial visible a folio 162 del expediente la entidad no alega de conclusión.

III. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

3.1 PROBLEMA JURÍDICO

El medio de control denominado Nulidad y Restablecimiento del Derecho se encuentra consagrado en el artículo 138 del CPACA, a través de él toda persona que considere que con la expedición de un acto administrativo se le ha lesionado en un derecho amparado en una

² Véase folio 61 a 62 del cuaderno único.

norma jurídica, puede pedir que se declare su nulidad y se le restablezca en su derecho, e incluso solicitar que se le repare el daño.

Con base en la fijación del litigio dispuesto en Audiencia inicial, corresponde al despacho determinar si en el presente caso es viable declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 4143.0.21.2271 del 20 de marzo de 2015 por la cual se reconoce una pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali; y si en consecuencia es procedente ordenar el reajuste de la misma con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio a la fecha de adquisición del status de pensionada.

3.2 RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema planteado el despacho analizará los siguientes tópicos: i) Régimen pensional de los servidores públicos afiliados al magisterio y ii) Antecedente jurisprudencial sobre el tema, para luego estudiar el iii) caso en concreto.

Previo a ello, el Despacho analizará las excepciones propuestas por la entidad demandada.

EXCEPCIONES

Frente a las excepciones interpuestas por las entidades demandadas la Nación – Ministerio Educación – FOMAG y Municipio de Santiago de Cali, denominada "*falta de legitimación en la causa por pasiva*", cabe manifestar que estas fueron declaradas infundadas en audiencia Inicial del 06 de julio de 2016.

En cuanto a la excepción "*inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley*" interpuesta por la Nación – Ministerio Educación – FOMAG, considera el despacho que no amerita un pronunciamiento distinto al que se hará para resolver el fondo del asunto, pues los fundamentos sobre la cual se sustenta, son precisamente el objeto del presente litigio y solo podrá determinarse una vez se realice la correspondiente valoración probatoria que permita determinar si es jurídicamente viable la nulidad del acto acusado.

En cuanto a la excepción de "*prescripción*", se resolverá más adelante cuando se analice si hay lugar o no para acceder a las pretensiones.

3.3 TOPICOS A DESARROLLAR

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS AFILIADOS AL MAGISTERIO

En virtud de lo dispuesto en el Parágrafo transitorio 1º del acto legislativo 01 de 2005³, vigente para el momento en que le fue reconocida la pensión de jubilación de la accionante, el régimen pensional de los docentes depende de la fecha de vinculación del docente, así:

Para los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, 27 de junio de 2003⁴, el régimen pensional será el establecido en las normas dictadas con anterioridad a la ley en mención.

Quienes se vincularon al servicio docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

³ Publicado en el Diario Oficial No. 45.980 del 22 de julio de 2005, corregido por el Decreto 2576 de 2005 publicado en Diario Oficial No. 45.984 del 29 de julio de 2005.

⁴ Publicada en el Diario Oficial No. 45231 del 27 de junio de 2003. Derogada por el art. 276, Ley 1450 de 2011, salvo los arts. 20, 59, 61, 64, 65, 81 y 121.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, fue expedida la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, disposición que en su artículo 115 señaló que el régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en dicha ley.

Por su parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 exceptuó de su aplicación al personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la ley 91 de 1989.

La Ley 60 de 1993 en su artículo 6 inciso 3, hoy derogada en virtud de lo dispuesto en el artículo 113 de la ley 715 del 2001, dispuso que el régimen prestacional de los docentes sería el consignado en la Ley 91 de 1989.

La Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 15 señaló las normas que regirían las prestaciones del personal afiliado a dicho fondo, así:

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

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

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

2.- Pensiones:

...

Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 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”.

Para el momento de la expedición de la Ley 91 de 1989, la norma vigente en el tema pensional para los servidores públicos del orden nacional era la Ley 33 de 1985, norma que en su artículo 1º señaló:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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

La anterior norma resulta aplicable para aquellos docentes nacionales y nacionalizados vinculados con anterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989 y para los que se vincularon al servicio a partir del 1º de enero de 1990 y hasta la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la citada Ley 91 de 1989.

ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Según lo dispuesto por el H. Consejo de Estado los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no gozan de un régimen especial de pensiones; así quedó expuesto en las providencias del 02 de septiembre de 2010, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación No. 05001-23-31-000-2004-00062-01(1999-09) y en la del 20 de septiembre de 2007, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Radicación No. 76001-23-31-000-2002-04660-01(7703-05), entre otros.

Ahora bien, al no contar con un régimen pensional especial la norma que rige a los vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia la Ley 812 de 2003 es la Ley 33 de 1985, en virtud de lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, tal como se desprende de las sentencias citadas en precedencia.

A quienes su pensión sea regida por la Ley 33 de 1985 se les debe reconocer su prestación en un 75% y teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, dando aplicación a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena el 04 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), en la que se dijo:

“(…)De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

(…)

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

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

Vale aclarar que en la referida sentencia el H. Consejo de Estado, excluyó del listado de los factores a tener en cuenta al momento de liquidar la prestación, las vacaciones, la indemnización de vacaciones y la bonificación por recreación al considerar que no constituyen salario.

Resulta importante indicar que en estos casos no opera la sentencia SU-230 de 2015 proferida por la Honorable Corte Constitucional, toda vez que la aplicación de la Ley 33 de 1985 no se hace en virtud del régimen de transición (artículo 36 de la Ley 100 de 1993), sino por aplicación directa, pues como ya se indicó para los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, su régimen pensional es el dispuesto en dicha norma.

IV) CASO CONCRETO.

DE LO PROBADO.

Por medio de la Resolución N° 4143.0.21.2271 del 20 de marzo de 2015 notificada el 25 de marzo del mismo año, la Secretaría de Educación Municipal de Cali atendió de manera favorable la solicitud elevada por la señora María Raquel Beltrán López el 23 de septiembre de 2014 radicada bajo el número 2014-PENS-018800, y en tal sentido reconoció una pensión vitalicia de jubilación en la que se decretó como fecha de adquisición del status de pensionada el día 25 de agosto de 2014, fecha en que se encontraba afiliada al fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se le incluyó en el ingreso base de liquidación la asignación básica, la prima de vacaciones. (Véase a folios 3-4)

Teniendo en cuenta el formato único para la expedición de certificados de salarios –visible a folios 12-13 y 137-138, la demandante en el año anterior de adquirir el status, además de los factores que fueron reconocidos en la liquidación de la mesada pensional devengó también la prima de navidad, prima de servicios y la prima de antigüedad.

Por medio de la Resolución N° 4143.0.21.8811 del 10 de septiembre de 2010, la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali ordena pagar a la actora la prima de antigüedad y la prima de servicios establecidas en el Decreto Municipal 0216 de 1991 por los años 2004 a 2009, por un total de \$15.676.222 (Folio 10 y 11); en virtud de dicho decreto –según lo enunciado por la demandada en el documento obrante a folio 156– se canceló durante los años restantes tales primas a favor de la actora.

V) ANALISIS DEL CASO

Revisado el plenario, se observa que la pensión de jubilación le fue reconocida a la demandante teniendo en cuenta el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año anterior a la fecha que adquirió el status -25 de agosto de 2014-, tomando como factores base de liquidación la asignación básica mensual y la prima de vacaciones.

Según certificado de salarios visible a folio 12 del expediente durante el año inmediatamente anterior al adquirir el status de pensionada -25 de agosto de 2014- la demandante devengó los siguientes factores: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de antigüedad, estos dos últimos factores considerados extralegales con fundamento en el Decreto 0216 de 1991.

Frente a esta circunstancia, el Despacho debe indicar que con fundamento en la fecha de expedición del Decreto 0216 de 1991, norma que sirve de base para el pago de las primas de antigüedad y de servicios, el Municipio de Santiago de Cali no tenía competencia para reconocer dichas primas extralegales a la demandante, ya que para ese momento la competencia para ello radicaba en cabeza del Congreso y por delegación del Presidente de la República y por tanto, dichas primas no deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación porque su creación se dio por fuera del marco legal de competencias.

Frente a un tema similar se pronunció el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante sentencia del 13 de febrero de 2014, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12), providencia en la cual analizó lo relativo a la inclusión de factores extralegales en la base de liquidación pensional concluyendo la improcedencia de dicha posibilidad bajo los siguientes argumentos:

“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 territorial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Recién expedida la Constitución Política de 1886 y aún con las reformas contenidas en los actos legislativos de 1910 y 1945, los entes territoriales tenían una potestad para la fijación de los sueldos de sus empleados, mas no respecto al régimen prestacional de los mismos.

Posteriormente el Acto Legislativo No. 1 de 1968, estableció que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso a nivel nacional, por las Asambleas a nivel Departamental y por los Concejos en el orden local y señaló en el artículo 76 numeral 9, que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, era de competencia única y exclusiva del Congreso.

La Constitución de 1991, estableció en su artículo 150 que al Congreso le corresponde dictar las normas generales para que el Gobierno fije el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, así como el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

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

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

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

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

(...)

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

(...)

Si bien la sentencia de unificación de esta Corporación antes citada, prescribe que se deben incluir todos los factores salariales devengados de manera habitual en el último año de servicios para que hagan parte de la base de liquidación pensional, sin importar su denominación y la entidad certificó qué conceptos fueron devengados, lo

cierto es, que no es posible su inclusión en la base de liquidación de la pensión, en razón a que su creación y reconocimiento se hicieron por fuera del marco legal de competencias y no se puede validar cuando en efecto su fundamento es ilegal o inconstitucional.

(...)

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

Así las cosas, 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.

Como en el caso que nos ocupa la norma que sirvió de base para el reconocimiento y pago de las primas de servicios y antigüedad fue el Decreto 0216 de 1991, normatividad expedida con posterioridad al año 1968, se concluye que resulta improcedente ordenar que éstas sirvan de base en la liquidación pensional.

Aclarado lo anterior y siguiendo lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia referida anteriormente de fecha 04 de agosto de 2010, cuando se trate de pensiones reconocidas por la Ley 33 de 1985⁵, como ocurre en el presente caso, la entidad demandada debe liquidar la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales legales devengados por la actora durante el año inmediatamente anterior al que adquirió su status de pensionada.

En efecto, a revisar lo devengado por la demandante durante el año anterior al reconocimiento pensional, se tiene que solo se tuvo en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones, excluyendo sin fundamento alguno la prima de navidad.

En virtud de lo anterior y de conformidad con la normativa y jurisprudencia citada en precedencia es viable acceder a las pretensiones, teniendo en cuenta que la accionante se desempeñó como docente nacional vinculada como docente en propiedad desde el 01 de noviembre de 1995, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, téngase en cuenta que según la resolución que ordena el reconocimiento pensional y la certificación de tiempo de servicio, la accionante al momento de adquirir el status pensional había acreditado más de 20 años de servicio de la Secretaría de Educación Municipal. Ante ello y en virtud de lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 la norma que debió regir en su caso concreto es la Ley 33 de 1985.

⁵ Cabe aclarar que no se emite pronunciamiento sobre la sentencia SU 230 de 2015 de la Corte Constitucional pues la pensión aquí estudiada no fue reconocida en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas y siguiendo lo dispuesto por el H. Consejo de estado en la sentencia referida anteriormente de fecha 4 de agosto de 2010, al momento de liquidar la mesada de la pensión vitalicia de jubilación de la demandante se debió tener en cuenta todos los factores salariales legales devengados por ella durante el año inmediatamente anterior a que adquirió el status de pensionada, y no solamente la asignación básica y la prima de vacaciones, como se hizo en la Resolución 4143.0.21.2271 del 20 de marzo de 2015, por tanto la liquidación de la pensión debió hacerse teniendo en cuenta además de esos factores una doceava parte de la prima de navidad.

Frente a un tema similar se pronunció el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 27 de enero de 2011, con ponencia de la Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Actor: Miguel Segundo González Castañeda, Radicación No. 08001-23-31-000-2007-00112-01 (0045-09), en la que se ordenó la reliquidación de la pensión del actor dando aplicación a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, incluyendo la doceava de las primas de navidad y vacaciones

Así las cosas, se declarará la nulidad parcial de la Resolución N° 4143.0.21.2271 del 20 de marzo de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali reconoce y ordena el pago de una pensión de jubilación a la señora María Raquel Beltrán López.

VI) RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Teniendo en cuenta la nulidad declarada, como restablecimiento del derecho se ordena a la a la entidad accionada Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio -quien es la obligada al pago de la pensión de los docentes según la Ley 91 de 1989-, que proceda a reliquidar la pensión de la demandante teniendo en cuenta todos los factores legales devengados durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, es decir, incluyendo además de los factores ya reconocidos, la doceava parte de la prima de navidad. Se reitera que las primas de antigüedad y de servicios NO deben ser tenidas en cuenta.

Hecho la anterior reliquidación deberá pagarse a la demandante la diferencia que arroje entre la pensión pagada y la reliquidada.

Si al hacer la reliquidación de la pensión aquí ordenada existiere algún factor salarial sobre el cual no se haya hecho los aportes a la seguridad social en pensión, la entidad accionada podrá realizar el descuento de los aportes respectivos.

Para el cumplimiento de la orden dada anteriormente y en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 965 de 2005 en concordancia con el Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005 reglamentario de la Ley 91 de 1989, deberá la entidad vinculada Municipio de Santiago de Cali a través de su Secretario de Educación emitir el acto administrativo de reconocimiento por medio del cual se dé cumplimiento a la sentencia dentro de los términos fijados en la ley 1437 de 2011.

VII) 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 y de lo dispuesto en el Decreto 3135 d 1968 se concluye que prescriben cada tres años.

En el presente caso tenemos que dicho fenómeno no ha ocurrido pues entre el momento en que la demandante solicitó el reconocimiento pensional - 23/09/2014- y la fecha en que se incoó la demanda - 26/06/2015-, no transcurrió el término de tres años, por tanto la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre debe disponer sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.⁶, entre otras cosas, establece que *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”*; teniendo en cuenta que la demandada Nación – Ministerio de Educación – FOMAG fue vencida en juicio se le condenará a en costas, las cuales se liquidaran por secretaría, una vez se encuentre debidamente ejecutoriado este proveído, según lo preceptuado en el artículo 366 ib.

Sin más consideraciones, el Juzgado Sexto Administrativo Oral De Cali, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de “prescripción” e “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”, propuestas por la entidad demandada Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de las Resolución No. 4143.0.21.2271 del 20 de marzo de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali, a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de Restablecimiento del Derecho, **ORDENAR** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE NACIONAL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a reliquidar la pensión reconocida a la señora María Raquel Beltrán López, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.895.514, mediante Resolución N. 4143.0.21.2271 del 20 de marzo de 2015, incluyendo todos los factores salariales legales devengados por ella durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, dejando claro que de las primas de navidad y vacaciones solo se tendrá en cuenta una doceava parte al momento de fijar el ingreso base de la liquidación, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia. Una vez efectuada la liquidación anterior se deberá **PAGAR** a favor de la actora la diferencia que arroje entre la liquidación pagada y la reajustada. Téngase en cuenta que la prima extralegal de antigüedad y de servicios **NO** debe servir de base en la liquidación.

Cabe aclarar que si al hacer la reliquidación de la pensión aquí ordenada existiere algún factor salarial sobre el cual no se haya hecho los aportes a la seguridad social en pensión, la entidad accionada podrá realizar el descuento de los aportes respectivos.

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

QUINTO.- ORDENAR al Municipio de Santiago de Cali – Secretario de Educación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, que en firme esta providencia proceda a expedir el acto administrativo en el que se reliquide la pensión de jubilación de la actora en cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

SEXTO.- SE ORDENA dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en los artículos 192 del CPACA.

⁶ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO.- SE CONDENA EN COSTAS a la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a favor de la demandante.

OCTAVO.- En firme esta sentencia, hágase entrega de copia íntegra al obligado para su ejecución y cumplimiento, de conformidad con el inciso final del artículo 203 del CPACA.

NOVENO.- EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación por secretaría siguiendo las pautas establecidas en el 366 del CGP, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHÍVESE el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ZULAY CAMACHO CALERO
JUEZ