



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

SENTENCIA N° 088

Radicación: 76001-33-33-006-2015-00424-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
Demandante: HUMBERTO RUIZ MIRANDA
Demandado: NACIÓN – MIN. EDUCACIÓN – FOMAG Y OTROS

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 el señor Humberto Ruiz Miranda actuando a través de apoderado judicial en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Educación y Fiduprevisora S.A.

I. DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 4143.0.21.2298 del 20 de Marzo del 2015, mediante la cual la Secretaria de Educación Municipal de Cali deniega la solicitud de ajuste a la pensión de jubilación y reconocimiento y pago de los factores salariales del señor Humberto Ruiz Miranda (Prima de servicio y prima de antigüedad) y la Resolución No. 4143.0.21.5094 del 4 de Agosto de 2015 a través de la cual esta misma entidad resuelve recurso de reposición en contra de la Resolución No. 4143.0.21.2298 del 20 de Marzo del 2015, confirmando la misma.

Conforme a lo anterior, reclama al despacho que declare que el 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, incluida la prima de servicio docente y prima de antigüedad.

Que lo adeudado se cancele debidamente indexado y se condene en Costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.AC.A.

1.2 HECHOS

Relata que por medio del Decreto No. 1622 de Noviembre 22 de 1993 el actor fue nombrado como docente en la Institución Educativa Luz Haydee Guerrero Molina, centro educativo donde a la fecha continua laborando.

Que el actor inició el trámite del reconocimiento de pensión de jubilación como docente oficial de carácter Municipal, por haber cumplido con todos los requisitos para ser pensionado, esto es contar, con más de 55 años y tener más de 20 años de servicios,

siéndole reconocido su status pensional el 5 de Agosto del año 2014 mediante la Resolución No. 4143.0.21.6179, la cual reconoció la prestación solicitada tomando como ingreso base de liquidación la asignación básica promedio, prima de vacaciones y prima de navidad, por un valor de \$3.605.704,00., omitiendo los factores salariales correspondientes a prima de servicio y prima de antigüedad, los cuales el Municipio de Santiago de Cali - Secretaría de Educación ha pagado al actor, en virtud del Decreto Municipal 0216 de 1991.

Señala que la petición para reclamar el derecho a la reliquidación se realizó en la Secretaría de Educación Municipal en el año 2014, la cual fue negada mediante la Resolución No. 4143.0.21.2298 del 20 de Marzo del 2015, el cual luego de ser recurrido, se profiere la Resolución No. 4143.0.21.5094 del 4 de Agosto del 2015 confirmando lo decidido.

1.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política en los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 y 53.
- Ley 33 y Ley 62 de 1985
- Ley 60 de 1993
- Ley 115 de 1994
- Decreto 196 de 1995
- Decreto 2370 de 1997
- Ley 6 de 1945
- Ley 91 de 1989
- Ley 224 de 1972

Luego de realizar una cita de las Normas Constitucionales consideradas como violadas, expresa que dentro de los fines del Estado se encuentra garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, de tal modo no puede darse en el presente caso una privación de sus derechos irrenunciables e indiscutibles por parte del mismo Estado.

En cuanto a la violación de la Ley, manifiesta que para el caso concreto debe acudirse 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.

1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Se ratifica en los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho presentados en la demanda, además indicó que al actor en su carácter de docente territorial le asiste el derecho al reconocimiento de la prima de servicios.

Aunado a ello expresa que dichos rubros fueron percibidos de buena fe por el demandante y sobre ellos se descontó para aportes en pensión, razón por la cual deben servir de base en la liquidación de la prestación.

II. DEFENSA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

2.1 FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Refiere que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, consistente en un patrimonio autónomo sin personería jurídica, y que por tanto los recursos del FNPSM no forman parte del patrimonio de la sociedad Fiduciaria la Previsora S.A., como quiera que esta actúa como administradora de tales recursos en virtud de un contrato de fiducia mercantil celebrado con la Nación.

Reafirma que Fiduciaria la Previsora es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias conforme la preceptiva legal que gobierna la materia, empero no es de su resorte el reconocimiento de derechos sociales de carácter prestacional, actuando solo en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo FNPSM y en dicha calidad solo está obligada a pagar las prestaciones dentro del marco de la ley.

Igualmente señala que conforme lo establecido en el Decreto 2831 de 2005, son las Secretarías de Educación las competentes en primera instancia del trámite de las prestaciones económicas para los docentes ya que expiden, reciben, radican, suscriben el acto administrativo de reconocimiento y lo remiten a la sociedad fiduciaria para efectos del respectivo pago, luego la entidad competente para expedir un acto administrativo de reconocimiento de la prestación es la entidad territorial a cuya planta pertenece el docente.

Propone como única excepción *"falta de legitimación por pasiva"*

2.1.1 ALEGATOS

No presentó alegato alguno dentro de la oportunidad procesal correspondiente¹.

2.2 MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Se opuso a las pretensiones de la demanda.

Alegó que la Secretaría de Educación siempre ejerce sus funciones en cumplimiento de la Constitución Política y las leyes, por lo que en virtud de las normas que amparan a los docentes vinculados al servicio estatal, como es el caso del actor, la administración ha acatado lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 y demás normas y decretos propios del régimen especial del Magisterio, de ahí que surgieran los actos administrativos acusados.

Agrega que la liquidación de la pensión realizada al accionante fue reconocida y pagada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en vigencia del artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, siendo además ello consecuente con lo direccionado por la Fiduprevisora S.A. en Circular No. 006 de septiembre 20 de 2007, relacionada con los factores salariales para la liquidación de pensiones de los docentes afiliados al precitado Fondo, tornándose evidente que es el Ministerio de Educación Nacional el competente

¹ Fl. 218. Constancia Secretarial del 14 de marzo de 2017 que evidencia la no presentación de alegatos por parte de las accionadas

para reconocer el derecho del accionante en el evento que ello sea viable, y no la Secretaría de Educación Municipal.

Indicó que la Secretaría de Educación Municipal no es la entidad pagadora, ésta solo cumple funciones administrativas de recepción y trámite, su función va hasta el proferimiento de actos administrativos de reconocimiento de prestaciones y el correspondiente envío a la sociedad Fiduprevisora S.A. para su pago.

Resaltó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta sin personería jurídica la cual es administrada por la Fiduprevisora S.A., a su turno, esta fiduciaria es una entidad totalmente independiente de la Secretaría de Educación Municipal, revisa y aprueba los actos administrativos de reconocimiento o negación de las prestaciones sociales expedidos por dicha Secretaría, así mismo se encarga de programar y realizar los pagos respectivos de los mismos.

Finalmente propuso las excepciones de mérito que denominó "*falta de Legitimación en la causa por pasiva*" y la "*Innominada*".

2.1.1 ALEGATOS

No presentó alegato alguno dentro de la oportunidad procesal correspondiente².

2.3 NACIÓN – MIN. EDUCACIÓN – FOMAG

En la contestación de la demanda³ la entidad se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y condenas solicitadas por la parte actora, manifestando frente a la solicitud de nulidad de los actos administrativos aquí acusados, que los mismos se encuentran ajustados a derecho, la prestación fue reconocida de acuerdo a la Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Decreto 3752 de 2003 y el Decreto 1158 de 1998, según el cual solo pueden incluirse los factores que sirvieron de base para efectuar aportes a la salud señalados en este precepto legal; con relación a la solicitud de restablecimiento del derecho, igualmente se muestra contrario a su reconocimiento por cuanto afirma el ordenamiento jurídico no permite la inclusión de los referidos factores reclamados, por lo que no proceden dichos ajustes.

Trae igualmente a título de reseña el alcance jurisprudencial proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub sección "B" en sentencia del 12 de febrero de 2009, expediente 150012331000200020116401 con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez Páez.

Concluye también que la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios modificaron el concepto de aportes para el personal docente afiliado al Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de incluir como base de cotización para pensiones, además de la asignación básica, las horas extras y el sobresueldo, rematando su defensa al exponer que todas las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003 se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso de que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también le serán incluidos como base de liquidación de su pensión, demostrándose con ello, así lo señala, que de acuerdo con la normatividad y la

² Fl. 218. Constancia Secretarial del 14 de marzo de 2017 que evidencia la no presentación de alegatos por parte de las accionadas

³ Véase folio 74 a 81 del cuaderno único.

jurisprudencia vigente no hay lugar a la inclusión de los factores salariales solicitados por el demandante y en consecuencia no hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

Finalmente propone como excepciones *“falta de legitimación por pasiva”* argumentando que el acto administrativo que se acusa no fue proferido por la entidad, y por ende no contiene la voluntad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sino de la Secretaría de educación de la entidad territorial; *“ineptitud de la demanda”* expresando que la parte demandante debió en principio ejercer la acción de nulidad de las Circulares Nacionales 001 de 2002 y 014 de 2005, pues la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene efectos particulares y no pueden quitarle validez a las normas de carácter general; igualmente manifiesta que opera la *“prescripción”* indicando que en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 las mesadas pensionales prescriben a los tres años e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley”* frente a la cual dispone que el reconocimiento de prestaciones y factores salariales debe efectuarse con base en el ordenamiento jurídico, por tanto aquellos que no fueron fijados por el Gobierno Nacional no pueden ser reconocidos ahora.

2.3.1 ALEGATOS

No presentó alegato alguno dentro de la oportunidad procesal correspondiente⁴.

2.4. MINISTERIO PÚBLICO.

No se pronunció dentro de la oportunidad procesal correspondiente⁵.

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 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 de la Resolución No. 4143.0.21.2298 del 20 de Marzo del 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación Municipal de Cali deniega la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación y reconocimiento y pago de los factores salariales Prima de servicio y prima de antigüedad del señor Humberto Ruiz Miranda y la Resolución No. 4143.0.21.5094 del 4 de Agosto de 2015 a través de la cual se resuelve recurso de reposición en contra de la Resolución No. 4143.0.21.2298 del 20 de Marzo del 2015, confirmando la misma; y si en consecuencia es procedente ordenar la reliquidación 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.

⁴ Fl. 218. Constancia Secretarial del 14 de marzo de 2017 que evidencia la no presentación de alegatos por parte de las accionadas.

⁵ Fl. 218. Constancia Secretarial del 14 de marzo de 2017 que evidencia el no pronunciamiento del Ministerio Público.

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 denominada “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, cabe manifestar que estas fueron declaradas infundadas en audiencia Inicial del 14 de Octubre de 2016⁶; igual suerte corrió la excepción titulada “inepta demanda”.

En cuanto a las demás excepciones interpuestas por las entidades demandadas, 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 denominada “*innominada*”, manifiesta el despacho que no encuentra ninguna que deba declarar de oficio; en relación con la excepción de “*prescripción*”, esta será resuelta en la sentencia, en caso de encontrar prosperas 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 2005⁷, vigente para el momento en que le fue reconocida la pensión de jubilación del actor, 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 2003⁸, 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.

⁶ Fl. 181 a 182 del expediente; Fl. 160 Disco compacto contentivo de dicha audiencia.

⁷ 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.

⁸ 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.

Por otra parte, 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), 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.

ii) CASO CONCRETO.

DE LO PROBADO.

Por medio de la Resolución N° 4143.0.21.6179 del 5 de agosto de 2014 notificada el 8 del mismo mes y año, la Secretaría de Educación Municipal de Cali atendió de manera favorable la solicitud elevada por el señor Humberto Ruiz Miranda el 18 de febrero de 2014 radicada bajo el número 2014-PENS-002959, y en tal sentido reconoció una pensión vitalicia de jubilación a partir del 26 de noviembre de 2013 en la que se indicó como fecha de adquisición del status de pensionado el día 25 de noviembre de 2013 y se incluyó en el ingreso base de liquidación la asignación básica, la prima de vacaciones y la prima de navidad. (Véase a folios 3 a 5)

Teniendo en cuenta el formato único para la expedición de certificados de salarios –visible a folios 12 a 14, el demandante en el último año de servicios anterior al status de pensionado además de los factores que fueron reconocidos en la liquidación de la mesada pensional devengó también los factores extralegales denominados prima de servicios y prima de antigüedad. Dichos factores fueron pagados al demandante desde el año 2004 al año 2009, como también se evidencia que le fueron pagados del 01-01-2012 al 31-12-2012 y del 01-01-2013 al 31-12-2013, reconocimiento y pago de dichas prestaciones extralegales en virtud del Decreto 0216 de 1991, tal cual fue acreditado por la accionada Municipio de Cali – Secretaría de Educación Municipal en el documento visible a folios 191 a 213 del expediente.

Que el accionante mediante solicitud radicada con el No. 2015-PENS-002186 del 10 de febrero de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de ajuste a la pensión vitalicia de jubilación, petición que le fuera negada mediante la Resolución No. 4143.0.21.2298 del 20 de Marzo del 2015 en atención al concepto emitido por la Fiduprevisora S.A., al señalar que la prima de servicios y de antigüedad no son factores de liquidación de prestaciones de los docentes; contra esta decisión se elevó recurso de reposición, mismo que fuera resuelto mediante la Resolución No. 4143.0.21.5094 del 4 de Agosto del 2015, confirmando el acto administrativo. (Folio 7 a 11)

ANALISIS DEL CASO

Revisado el plenario, se observa que la pensión de jubilación le fue reconocida al 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 noviembre de 2013-, tomando como factores base de liquidación la asignación básica mensual, prima de navidad y prima de vacaciones⁹.

Ahora bien, de la certificación obrante a folios 12-13 y el contenido de la Resolución N° 4143.0.21.6179 del 5 de agosto de 2014 a través de la cual se ordena el reconocimiento y pago en favor del demandante de la prima de servicios y prima de antigüedad, es evidente para esta instancia judicial que además de los factores salariales efectivamente tenidos en cuenta para el reconocimiento pensional, el demandante devengó los dos factores extralegales en cita, con fundamento en el Decreto 0216 de 1991.

Frente a tal circunstancia, el Despacho debe indicar que en atención a la jurisprudencia en cita, esto es, la fechada 13 de febrero de 2014¹⁰, no es posible para esta instancia judicial ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante por inclusión de factores extralegales devengados en el último año de servicios.

En efecto, 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, se concluye que el Municipio de Santiago de Cali no tenía competencia para reconocer dichas primas extralegales al 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.

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 1985¹¹, 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 el actor durante el año inmediatamente anterior al que adquirió su status de pensionado.

En efecto, lo anterior es cumplido por la entidad demandada como quiera que habiendo devengado el demandante además de la prima de servicios y prima de antigüedad, (factores extralegales que no pueden servir de base), los denominados asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones, estos últimos emolumentos sí fueron efectivamente tenidos en cuenta para la liquidación del derecho pensional conforme se advierte del contenido de la Resolución N° 4143.0.21.6179 del 5 de agosto de 2014, los cuales a juicio de esta operadora judicial son los únicos que deben servir de base de la liquidación.

⁹ Fls. 3 a 5 del expediente

¹⁰ Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12)

¹¹ 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.

Lo anterior impone la negativa de las pretensiones esgrimidas por la parte actora, al no existir razones de hecho o de derecho que den lugar a la reliquidación pensional pretendida.

COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con lo previsto en el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012 -CGP, se condenará a la parte demandante al pago de costas a favor de la parte demandada, por haber sido vencida en juicio. Una vez en firme esta providencia por Secretaría liquidense teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 366 del CGP.

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: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte actora y a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Educación y Fiduprevisora S.A., a prorrata.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación por secretaría siguiendo las pautas establecidas en el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, 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

