



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, 14 de febrero de dos mil diecisiete (2017).

SENTENCIA N° 10

Radicación: 76001-33-33-006-2015-00429-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
Demandante: SURI ESPERANZA MERA COBO
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 Suri Esperanza Mera Cobo 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° 160 del 17 de febrero de 2016¹ 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° 4143.0.21.2281 del 21 de abril de 2014, 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 Suri Esperanza Mera Cobo.

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, prima de navidad, prima de vacaciones, 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° 4143.0.21.2281 del 21 de abril de 2014, 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 33 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 17 de febrero de 2014 presentó solicitud ante la secretaría de educación de Cali, la cual fue radicada bajo el N° 2014-PENS-002826; con el fin de que se le reconociera pensión vitalicia de jubilación.

En respuesta a su solicitud, mediante Resolución N° 4143.0.21.2281 del 21 de abril de 2014 la Secretaría de Educación Municipal le reconoció la prestación solicitada en la cual se tomó como ingreso base de liquidación la asignación básica promedio, prima de vacaciones y prima de navidad, por un valor de \$2.161.471, excluyendo otros factores que fueron devengados por la actora desde el año 2004 tales como 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, ya que dicha pensión debió liquidarse con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios previo a la fecha en que adquirió el status el 25 de noviembre de 2013, con todos los factores devengados dentro los cuales se encuentra la prima de antigüedad y de servicio.

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, 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, pues se vulnera la dignidad del actor al liquidar su pensión por un valor inferior al 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 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.

En virtud de lo anterior, la señora Suri Esperanza Mera Cobo señala que no se encuentra conforme con la decisión de la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali, pues

excluye factores salariales devengados por ella, sin atender los pronunciamientos del Máximo Órgano de la Jurisdicción.

1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia inicial celebrada el 21 de noviembre de 2016, se ratificó en los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho presentados en la demanda, además indica que en el año anterior al status de pensionada, devengó prima de antigüedad y de servicios, las cuales se bien fueron pagadas como factores extralegales en virtud del decreto 0216 de 1991, deben integrar el ingreso base de liquidación dado que tal norma se encuentra vigente y por ende debe ser aplicada.

Aunado a ello expresa que dichos rubros fueron percibidos de buena fe por la 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 MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

En Audiencia Inicial celebrada el 21 de noviembre de 2016, se dio por no contestada la demanda por parte de la entidad territorial, manifestando que si bien se allegó escrito de contestación² dentro del término, con el mismo no se anexó el respectivo poder que acreditara como apoderado a quien presentaba el respectivo memorial, frente a tal falencia se le concedió 5 días para que allegará el respectivo documento que lo acreditara como apoderado de la entidad demandada mediante Auto interlocutorio N° 1075 del 28 de julio de 2016; término que fue desatendido por la parte y solo allegó poder el día de la respectiva audiencia; en tal sentido, al no encontrarse facultado para representar a la entidad al momento de presentar la contestación, esta no puede tenerse en cuenta.

2.1.1 ALEGATOS

En Audiencia Inicial celebrada el 21 de noviembre de 2016³, expresó que efectuó la liquidación en debida forma sin que se evidencie ninguna irregularidad y como tal no hay causal para la nulidad pretendida.

2.2 NACIÓN - MIN. EDUCACIÓN - FOMAG

En la contestación de la demanda⁴ la entidad se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y condenas solicitadas por la parte actora, manifestando al respecto que no tiene competencia pues en virtud de la descentralización de la educación, ya no es la entidad nominadora, papel que recayó en las secretarías de educación de la respectiva entidad territorial.

Desarrolló sus argumentos bajo lo establecido en la Ley 715 de 2001, que al respecto señala que los docentes de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, solo se les podrán reconocer el régimen salarial y prestacional regido por la Ley o de acuerdo con esta; aunado a ello el artículo 21 de dicha norma reitera que las entidades territoriales tienen prohibido crear prestaciones o bonificaciones a cargo de dichos recursos.

Respecto a la negativa del Municipio de Santiago de Cali frente al reajuste solicitado, expresa que actuó conforme a lo consagrado en el Decreto 1045 de 1978 y 1919 de 2002, pues cualquier prestación social creada a nivel municipal no podrá ser reconocida.

² Véase folio 55 a 60 del cuaderno único.

³ Véase acta de Audiencia Inicial a folios 115-116, del cuaderno único.

⁴ Véase folio 61 a 68 del cuaderno único.

Propone como excepciones *“falta de legitimidad en la causa 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; *“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, concluye con la *“excepción genérica”*.

2.2.1 ALEGATOS

En Audiencia Inicial celebrada el 21 de noviembre de 2016, se ratificó en los argumentos de defensa presentados en la contestación de la demanda, además indica que los factores reclamados son ilegales y como tal no pueden servir de base en la liquidación. Solicita tener en cuenta lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 25 de febrero de 2016, y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda.

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 parcial de la Resolución N° 4143.0.21.2281 del 21 de abril de 2014 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.

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 la entidad demandada la Nación – Min. Educación – FOMAG, denominada *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, cabe manifestar que estas fueron declaradas infundadas en audiencia Inicial del 21 de Noviembre de 2016.

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 “*genérica*”, 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 2005⁵, 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 2003⁶, 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.

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:

...

⁵ 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.

⁶ 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.

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. Victor 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° 4143.0.21.2281 del 21 de abril de 2014 notificada el 06 de mayo del mismo año, la Secretaría de Educación Municipal de Cali atendió de manera favorable la solicitud elevada por la señora Suri Esperanza Mera Cobo el 17 de febrero de 2014 radicada bajo el número 2014-PENS-002826, 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 24 de noviembre de 2013, por encontrarse vinculada al servicio desde el 17 de marzo de 1981; y se incluyó en el ingreso base de liquidación la asignación básica, la prima de vacaciones y la prima de navidad. (Véase a folios 3-4)

Teniendo en cuenta el formato único para la expedición de certificados de salarios –visible a folios 6 y 7-, la demandante en el último año de servicios además de los factores que fueron reconocidos en la liquidación de la mesada pensional devengó también la prima de servicios y la prima de antigüedad. Dichos factores fueron pagados a la demandante desde el año 2004 conforme lo establece la Resolución N° 4143.0.21.10750 del 07 de diciembre de 2011 que reconoce y ordena el pago de unas prestaciones extralegales en virtud del Decreto 0216 de 1991 por valor de \$27.423.680; esto por concepto de prima de antigüedad y prima de servicios y su respectiva indexación dentro del periodo comprendido entre el año 2004 a 2010. (Véase folio 8-9).

Por medio de la Resolución N° 4143.0.21.9029 del 22 de octubre de 2014, 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 el año 2011, por un total de \$6.027.922. (Folio 11 a 14)

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 -24 de noviembre de 2013-, tomando como factores base de liquidación la asignación básica mensual, prima de navidad y prima de vacaciones.

Ahora bien, de la certificación obrante a folios 8-10 y el contenido de la Resolución N° 4143.0.21.10750 del 07 de diciembre de 2011 a través de la cual se ordena el reconocimiento y pago en favor de la 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, la 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 2014⁷, no es posible para esta instancia judicial ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de la 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 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.

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 1985⁸, 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, lo anterior es cumplido por la entidad demandada como quiera que habiendo devengado la 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

⁷ Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12)

⁸ 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.

navidad y prima de vacaciones (fl. 6-7), estos últimos emolumentos sí fueron efectivamente tenidos en cuenta para la liquidación del derecho pensional conforme se advierte del contenido de la Resolución N° 4143.0.21.2281 del 21 de abril de 2014 (fl. 3-4), los cuales a juicio de esta operadora judicial son los únicos que deben servir de base de la liquidación.

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,

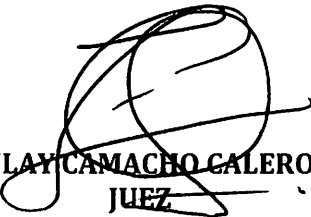
RESUELVE:

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 y el MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI, 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