

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, primero (1) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Teniendo en cuenta lo ordenado en el inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A., en la fecha se procede por parte de este Despacho a dictar sentencia por escrito dentro del presente asunto.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO

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

RADICADO No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No.: 154

ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

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

“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 4143.0.21.6034 DE 27 DE AGOSTO DE 2013, proferida por el señor Secretario de Educación del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación a favor de mi poderdante; respecto del valor establecido como cuantía de la pensión, a efectos de incluir en la base de liquidación de la pensión la totalidad de los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado.

2. Declarar la nulidad de la Resolución No. 4143.0.21.2680 del 05 de MAYO DE 2014, notificada el día 14 de MAYO de 2014, proferida por la demandada LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO SECCIONAL CALI – SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE CALI Y MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, mediante la cual se resolvió reconocer la revisión de pensión de jubilación mediante el cual se atiende en forma desfavorable la solicitud presentada para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación ya que no incluye la totalidad de los factores salariales devengados y certificados en el último año de adquisición del status pensional.

(...)

Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. *Se condene a LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO SECCIONAL CALI – SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI Y MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, a incluir como base de liquidación de la pensión de jubilación el promedio de todos los factores salariales devengados por mi mandante en el año anterior al status de pensionado, tales como: auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima de servicios del 20%, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sobresueldo por dirección, entre otras y concretamente las que aparezcan certificadas por la autoridad competente para el efecto; con efectos fiscales a partir del momento en que cumplió los requisitos para su pensión, en virtud de la Ley y de la Sentencia de Unificación del Honorable Consejo de Estado, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09) Actor: Luis Mario Velandia.*

2. *Que se condene a las demandadas a reconocerle y pagarle a mi mandante las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de la pensión, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos por el pensionado, desde la fecha de su status hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor que por esta acción se llegare a reconocer.*

3. *Condenar a LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO SECCIONAL CALI – SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI Y MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme a lo establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

4. *Condenar a la entidad demandada a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

5. *Condenar en costas a la demandada tal y como lo dispone el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."*

1.2. HECHOS.

Son los que el despacho sintetiza de la siguiente manera:

1.2.1. La Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali mediante Resolución No. 4143.0.21.6034 del 27 de agosto de 2013, reconoció a la demandante la pensión de jubilación.

1.2.2. Mediante Resolución No. 4143.0.21.7774 del 2 de agosto de 2012, se reconoció y ordenó el pago a favor de la parte actora de las prestaciones

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO

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

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

extralegales establecidas en el Decreto 0216 de 1991, certificadas por el Ministerio de Educación, correspondientes a prima de antigüedad y prima de servicios para las vigencias fiscales de los años 2004 al 2010.

1.2.3. Dentro de la liquidación de la pensión de jubilación de la parte actora no se le incluyeron los factores salariales devengados en el último año de servicios, violando derechos adquiridos y la normatividad que regula la materia.

1.2.4. La Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, a través de la Resolución No. 4143.0.21.2680 del 5 de mayo de 2014, resolvió negar la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación de la actora con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, argumentando que la demandante cumplió el status pensional en vigencia del Decreto 3752 de 2003.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Como tal se señalaron:

- Constitucionales: Artículos 29, 85 y 229.

- Legales: Ley 812 de 2003; Ley 91 de 1989, artículo 137; Ley 33 de 1985, artículo 1º, inciso 2º; Ley 715 de 2001, artículo 38; Ley 4 de 1996, artículo 4, Decreto 1743 de 1996; Ley 65 de 1946; Decreto 1160 de 1947, párrafo 1º, artículo 6 y Decreto 1042 de 1978, artículo 42.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACION.

Afirmó que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es el contenido en la Ley 91 de 1989, mientras que el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003, es el régimen general de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 y las demás normas que lo regulen a futuro, pero con el requisito de edad unificado en 57 años para hombres y mujeres.

Agregó que las entidades demandadas desconocieron lo establecido en los artículos 15 de la Ley 91 de 1989 y 38 de la Ley 715 de 2001, al no reconocer a su representada la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio en la liquidación de su mesada pensional.

Aseguró que la Ley 33 de 1985 excluye de la base de liquidación de los aportes a los funcionarios de origen territorial como son los docentes nacionalizados, tal y como sucede con su poderdante quien es docente nacionalizado y por consiguiente sus aportes no son calculados sobre los factores salariales descritos en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, debiéndose dar aplicación a lo estipulado en el artículo 4 de la Ley 4ª de 1966, la cual determina que la cuantía de la

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

pensión de jubilación equivale al 75% del promedio mensual devengado en el último año de prestación de servicios, en concordancia con el artículo 5° del Decreto 1743 de 1966.

1.5. TRAMITE PROCESAL.

La demanda es admitida mediante proveído de fecha 6 de noviembre de 2014 (fls. 45-46), procediéndose a notificar a las entidades demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Agente del Ministerio Público (fls. 50-55).

La entidad demanda MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, dentro del término legal contestó la demanda manifestando que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda (fls.63-77).

Planteó que para el caso que nos ocupa es evidente que la Secretaría de Educación Municipal no es la entidad pagadora, pues esta solo cumple las funciones administrativas de recepción y trámite, dado que la función va hasta la elaboración de los actos administrativos de reconocimiento o negación según sea el caso que la FIDUPREVISORA lo indique, por consiguiente, es la fiduciaria la encargada de materializar el pago correspondiente.

Agregó que es claro que la Administración Municipal – Secretaría de Educación ha obrado con la firme creencia de que sus actuaciones se encuentran ceñidas a la legalidad y cada uno de sus actos se encuentra ajustado a derecho. Por lo tanto, al no ser esta Secretaría la entidad obligada a determinar el reconocimiento de dicha prestación económica, tampoco es de su competencia el pago de la misma, razón por la cual es evidente la Falta de Legitimación en la Causa por pasiva.

Propuso como excepciones las siguientes:

- **FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA:** Fundada en el hecho de que es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio Santiago de Cali a través de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. la que reconoce y ordena el pago de una pensión, razón por la cual puede comparecer a juicio y en este caso, es la entidad llamada a responder por el hecho de que a la demandante se le reconoció y ordeno el pago a través de ella; la Secretaría de Educación Municipal es la encargada solo de expedir los actos administrativos de reconocimiento de cesantías parciales, definitivas y pensionales conforme lo dispuesto en la Ley, por consiguiente la responsabilidad económica de dicho acto recae sobre la Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razones más que suficientes para declarar la Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva.
- **INNOMINADA:** Solicita se sirva declarar de oficio todos los hechos exceptivos que sean advertidos y probados en el curso del proceso y que resulten favorables a la entidad.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO

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

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

Por su parte, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contestó la demanda de manera extemporánea (fl. 140).

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

El día 16 de junio de 2015, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. En dicha diligencia se procedió a realizar el saneamiento del proceso y resolver excepciones previas (FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA). Paso seguido se fijó el litigio circunscribiéndose a establecer si el acto administrativo contenido en la Resolución No. 4143.0.21.6034 del 27 de agosto de 2013, proferido por el Secretario de Educación Municipal de Santiago de Cali, por medio del cual se ordena el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la demandante y la Resolución No. 4143.0.21.2680 del 5 de mayo de 2014, expedida por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Santiago de Cali, por medio del cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación, se encuentran viciados de nulidad y en caso positivo, ordenar el correspondiente restablecimiento del derecho condenando a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación de Santiago de Cali a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año anterior al estatus pensional; además se intentó la conciliación declarándose fallida.

Igualmente se decretaron las pruebas y se tuvieron como tales las aportadas por la parte demandante vistos a folios 3 a 28 del expediente, al igual que se decretó la prueba solicitada por la parte actora y se ofició a la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali para que remitiera certificado de factores salariales del tiempo comprendido entre noviembre 2011 a noviembre de 2012 en la cual se debían incluir las fechas del pago de las primas extralegales devengadas durante dicho periodo. Como pruebas de la entidad demanda Municipio de Santiago de Cali se tuvieron las aportadas con la contestación de la demanda (fls. 86-125).

Finalmente, el Juzgado dando aplicación a lo establecido con el numeral 10 del artículo 180 del C.P.A.C.A., informó a las partes que la fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de práctica de pruebas se fijaría por auto separado.

1.5.2. AUDIENCIA DE PRACTICA DE PRUEBAS² – ART. 181 C.P.A.C.A.

El día 5 de noviembre de 2015, se llevó a cabo la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A. En la mencionada diligencia se incorporaron las pruebas solicitadas por la parte actora provenientes de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, no obstante la parte actora solicito se reiterara la prueba por cuanto no se allegó la certificación de las primas extralegales.

¹ Folios 142-145 del expediente.

² Folios 163-165 del expediente.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

Con posterioridad el 11 de abril de 2016³, se continuó con la audiencia de pruebas y en la misma se incorporaron las pruebas solicitadas por la parte actora provenientes de la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali. Una vez concluida la etapa probatoria, se ordenó a las partes presentar por escrito sus respectivos alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes.

1.5.3. ALEGATOS DE CONCLUSION - INCISO FINAL ART. 181 C.P.A.C.A.

Dentro del término concedido, la apoderada judicial de la parte actora presentó sus alegatos de conclusión (fls.189-191) reiterando los argumentos expuestos en la demanda. Por su parte, el Municipio de Santiago de Cali y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio durante el término para alegar de conclusión, guardaron silencio (fl. 192).

2. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.

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

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

3. CUESTION DE FONDO.

3.1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

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

3.2. MARCO NORMATIVO.

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

³ Folios 185-188 del expediente.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO

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

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

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

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

El Decreto 3135 de 1968 –aplicable al orden nacional- en su artículo 27, inciso 1º dispuso que, el empleado público o trabajador oficial que sirviera 20 años continuos o discontinuos y llegara a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendría derecho a que la respectiva entidad de previsión le pagara una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio (Derogado en forma expresa por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985).

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

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

No obstante, la preceptiva señalada fue declarada inexecutable por el H. Corte Supremo de Justicia en cuyo aparte concerniente expuso:

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

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

Con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, el régimen pensional para los empleados de cualquier orden, incluidos los docentes, estableció como requisito para acceder a la mencionada prestación, veinte (20) años de servicio y la edad de cincuenta y cinco (55) años tanto para el hombre como para la mujer. Previó

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

además que la pensión será equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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

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

Y el parágrafo 2° establece:

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

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

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

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

La Ley 62 de 1985, en el artículo 1° dispuso:

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

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional:

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO

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

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica y ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

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

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

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se 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:

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

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

Y dicho régimen, de acuerdo con la normatividad que se ha dejado plasmada, es la de la Ley 33 de 1985 que en cuanto a requisitos para la pensión de jubilación, estableció la edad 55 años, como ya se anotó, o la Ley 6ª de 1945 o el Decreto

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

3135 de 1968, según el caso, si se encuentra dentro de las previsiones del párrafo 2° de la citada Ley 33 de 1985.

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

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

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

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

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

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

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

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO

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

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

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

“El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)”.

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

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

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

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

“Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los

docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

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

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

El Decreto 2341 del 19 de agosto de 2003 reglamentó la Ley 812 del mismo año ordenando que el Ingreso Base de Cotización de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales sería el establecido por el Decreto 1158 de 1994 y los que lo modifiquen o adicionen.

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

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

Parágrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

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

De todo lo expuesto pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. El reconocimiento, liquidación y pago de la pensión ordinaria de jubilación para el ramo docente no posee una reglamentación especial, por ende, se rige por las normas que en materia pensional sean expedidas para el sector oficial.
2. En materia pensional, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 contemplaron la liquidación de las pensiones sobre el 75% de lo devengado por todo concepto.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO

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

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

Esta disposición fue posteriormente modificada por las Leyes 33 y 62 de 1985, las cuales enunciaron los factores salariales respecto de los cuales debían ser incluidos para la liquidación, pero haciendo la salvedad que las pensiones no podrán ser inferiores a la base de cotización sobre la cual se realizan los aportes.

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

Este es el alcance de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado de fecha 04 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA – Exp. 0112-2009-, en el que al UNIFICAR el criterio frente a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, varió las diversas posiciones que se habían adoptado frente al tema por parte de las Subsecciones “A” y “B” de la Sección Segunda, estableciendo que la relación de factores que consagra la Ley 33 de 1985 NO ES TAXATIVA sino eminentemente ENUNCIATIVA, y por ende, en aras de respetar los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, *“es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio”*. Consagrando como única excepción las sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

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

A partir de la sentencia de unificación del 04 de agosto de 2010, la sección segunda del H. Consejo de Estado ha venido reiterando en diversas sentencias que para la liquidación de la pensión de jubilación de las personas en régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a quienes se les aplica la Ley 33 de 1985, debe tenerse en cuenta todos los factores constitutivos de salario y no solamente los enunciados en el artículo 3° de esta última, inclusive, entre otras, las primas de servicios, de navidad y de vacaciones. Así por ejemplo, en sentencia del 26 de

agosto de 2010⁴ se replica lo dicho en la sentencia de unificación y con base en ello se ordena incluir las primas de vacaciones, alimentación y navidad en la liquidación de una pensión; luego, en sentencia del 25 de noviembre de 2010⁵, se dispone reliquidar la pensión con base en la bonificación semestral y las primas de productividad, navidad y de vacaciones que no habían sido tenidas en cuenta.

Sin embargo, pese a la posición unificada del H. Consejo de Estado en lo que respecta a los factores que deben integrar el ingreso base de liquidación pensional en el marco de la aplicación de la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, la Sala Plena de la H. Corte Constitucional en reciente sentencia de unificación SU-230 del 29 de abril de 2015, se ocupó de resolver en sede de revisión una tutela de un servidor público beneficiario del régimen de transición, a quien se le liquidó la pensión tomando como Ingreso Base de Liquidación (IBL) el correspondiente al salario promedio devengado por el trabajador durante los últimos 10 años, aduciendo el accionante que con ello se aplicaron indebidamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incisos 2º y 3º, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, 1º de la Ley 62 de 1985, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 y artículos 68 y 75 del Decreto 1848 de 1969, pues su sentir, la pensión debía ser liquidada teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio en el que se incluyen todos los factores salariales.

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

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

⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda – subsección B - Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA - veintiséis (26) de agosto de dos mil diez (2010) - Radicación número: 15001-23-31-000-2005-02159-01(1738-08).

⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN- veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010) -Radicación número: 73001-23-31-000-2007-00146-01(0465-09).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

liquidación de la misma, serán *“los señalados por la normatividad actual”*, en este caso, el Decreto 1158 de 1994.

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

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

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

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

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

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

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

4. EL CASO CONCRETO.

Dentro de la foliatura aparecen demostrados los siguientes hechos:

- De acuerdo con el Formato Único de expedición de Historia Laboral expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali, se constata que la señora LUCERO DE LOS ANGELES BUENO, se desempeñó como docente del orden NACIONALIZADO, en la Institución Educativa INSTITUTO TÉCNICO INDUSTRIAL PEDRO ANTONIO MOLINA de la ciudad de Cali, desde el 16 de junio de 1986 (fls. 21-22)
- Mediante la Resolución No. 4143.0.21.6034 del 27 de agosto de 2013, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de la señora LUCERO DE LOS ANGELES BUENO. En dicha resolución se incluyó como factores del IBL la asignación básica promedio, la prima de navidad y la prima de vacaciones, en la fecha que adquirió el estatus pensional, esto es, el 08 de noviembre de 2012 (fls. 11-13)
- Mediante la Resolución No. 4143.0.21.7680 del 05 de mayo de 2014, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, se reconoció y ordenó el pago de un ajuste a la pensión vitalicia de jubilación a favor de la señora LUCERO DE LOS ANGELES BUENO, incluyendo los factores de prima de navidad y prima de vacaciones, pero excluyendo los de prima de servicios y de antigüedad (fls.7-9).
- Mediante la Resolución No. 4143.0.21.7774 del 2 de agosto de 2012, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, se reconoció y ordenó el pago de unas prestaciones extralegales establecidas en el Decreto 0216 de 1991 certificadas por el Ministerio de Educación Nacional a favor de la señora LUCERO DE LOS ANGELES BUENO (fls. 25-28).
- A través de apoderado, la demandante solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior al estatus de pensionada (fls.16-19).
- Mediante la Resolución No. 4143.0.21.2680 del 5 de mayo de 2014, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, se negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con inclusión de las primas extralegales (fls.7-10).
- De acuerdo con el Formato Único de expedición de certificados salariales expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, se constata que la señora Lucero de los Ángeles Bueno en los años 2011 y 2012 devengó los siguientes conceptos: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad extralegal y prima de servicios extralegal (fls.21-24 y 173-174).

4.1. ANALISIS DEL CASO.

Tal y como quedó acreditado, la demandante ingresó al servicio oficial docente el el 16 de junio de 1986, por ende, se encuentra afiliada al Fondo de Prestaciones

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

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

Ahora bien, como quiera que la actora adquirió su status pensional el 8 de noviembre de 2012, según se extrae del contenido de la Resolución No. 4143.3.21.6034 del 27 de agosto de 2013 (fls. 11-12), esta es la razón por la cual dicha prestación se encuentra sometida al imperio de la Ley 812 de 2003, norma que de igual forma remite a las disposiciones anteriores que regulan la materia, esto es, a las Leyes 6ª de 1945, Decreto Legislativo 3135 de 1968, Decreto Legislativo 1045 de 1978 y Ley 33 de 1985, según sea el caso.

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

En este orden de ideas se concluye que, los factores salariales devengados por la actora en el año inmediatamente anterior al status pensional y certificados mediante formato único para la expedición de certificado de salarios emanado de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali (fls.21-24 y 173-174), entre el lapso comprendido del 8 de noviembre de 2011 al 8 de noviembre de 2012, fueron los siguientes: asignación básica, prima de vacaciones y prima de navidad, tal y como quedó expuesto en el marco jurisprudencial al que se encuentra sometido el caso, pese a no encontrarse enlistados en la Ley 62 de 1985, sí deben ser incluidos como factor salarial para calcular el monto de la pensión de jubilación, por constituir salario.

Ahora, una vez revisada la Resolución No. 4143.3.21.6034 del 27 de agosto de 2013 expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la cual se le reconoce y ordena el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la señora Lucero de los Ángeles Bueno, se observa que la misma se liquidó teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por ésta en el último año de servicios anterior al estatus de

pensionada, comprendido entre el 8 de noviembre de 2011 y el 8 de noviembre de 2012, estos son: Asignación Básica, Prima de Vacaciones y Prima de Navidad, tal y como fueron certificados mediante formato único para la expedición de certificado de salarios emanado de la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali (fls.173-174); por lo anterior no es procedente la declaratoria de nulidad de los actos acusados en la presente demanda.

Finalmente y en lo que respecta a las primas extralegales de servicio y de antigüedad que devengó la demandante en su último año de servicios, las cuales certificó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 173-174) y cuyo pago fue reconocido mediante acto administrativo del cual obra copia en el expediente (fls. 25-28), se sabe que fueron reconocidas por el Municipio de Santiago de Cali mediante el Decreto Municipal 0216 de 1991⁶, vigente a partir del 1° de enero de 1991, tal y como lo indica el artículo 60⁷.

En un caso similar al presente, el H. Consejo de Estado analizó la posibilidad de incluir en la liquidación pensional de la demandante los factores extralegales reconocidos mediante acto territorial por la Alcaldía de Bogotá, en vigencia de la constitución de 1986 correspondientes a: prima de navidad extralegal, prima de antigüedad vacaciones, prima de alto riesgo visual, quinquenio y prima de calor, determinando que su inclusión en la pensión era improcedente por tratarse de factores cuya creación se dio por fuera del marco legal y constitucional de competencias, así, la referida Corporación dispuso⁸:

“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 territorial⁹ con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

(...)

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.

⁶ Por el cual se fijan prestaciones sociales y otros beneficios para empleados públicos de la Administración Central de Santiago de Cali.

⁷ El decreto 0216 de 1991 puede ser consultado en la página web de la Alcaldía de Santiago de Cali: www.cali.gov.co

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, C.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12).

⁹ Sección Segunda, Sentencia de 27 de octubre de 2011, expediente No. 1313-08, Actor: Manuel Isidro Sánchez Guerrero, Demandado: Hospital San Rafael de Pacho –Cundinamarca.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO

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

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

En los anteriores términos solo podrá incluirse dicho emolumento en la liquidación pensional si la disposición territorial que lo creó fue expedida con anterioridad al año 1968 y el empleado que la devenga se vinculó al servicio de la entidad con anterioridad a tal fecha, pues de lo contrario, si el acto territorial creador de la prestación es posterior al año 1968, se entenderá que el mismo fue expedido con

ausencia de competencia para ello y no podrá convalidarse tal irregularidad incluyendo el mismo en la liquidación pensional respectiva.

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

Teniendo en cuenta lo anterior, y analizando el caso concreto, tenemos que la disposición territorial que reconoció las primas extralegales de servicio y antigüedad a la demandante, valga decir, el Decreto 0216 del 18 de febrero 1991, fue expedida con posterioridad al año 1968, esto es, en vigencia de la Constitución Política de 1986 y por ende, sin tener competencia el Municipio de Santiago de Cali para ello, ya que la misma radicaba en cabeza del Congreso, razón por la cual no tendría sentido, ni se ajustaría a la lógica de lo razonable, que si en esa materia, no tienen competencia autoridades territoriales, dada la prevalencia del principio de unidad nacional, dichos factores salariales extralegales, contrarios al ordenamiento jurídico, pudieran tener incidencia en la determinación de otras prestaciones, como la pensión, validando situaciones que son claramente inconstitucionales desde su origen. Además, se debe tener en cuenta que no es dable invocar derechos adquiridos con prerrogativas cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal.

De suerte que, la presunción de legalidad de los actos administrativos impugnados permaneció incólume, no siendo posible efectuar su nulidad, en atención a que los factores de prima de servicio y antigüedad devengados por la demandante y cuya inclusión se pretende en la respectiva liquidación pensional, son de origen extralegal y reconocidos por el Municipio de Santiago de Cali sin poseer competencia para ello, siendo necesario entonces negar las pretensiones de la demanda.

5. CONDENA EN COSTAS.

No hay lugar al pago de costas por parte de la parte vencida en juicio, en el entendido que no apareció probada su causación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G. del P.

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

F A L L A:

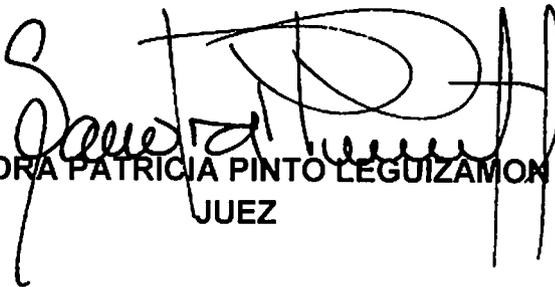
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUCERO DE LOS ANGELES BUENO
DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2014-00358-00

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas.

TERCERO: ORDÉNAR la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso le pudieran corresponder a la parte actora y en firme la presente sentencia ARCHÍVAR el expediente previa cancelación de su radicación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,


SANDRA PATRICIA PINTO LEGUIZAMON
JUEZ

JG