



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020)

REF.: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL -APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: LETICIA ISABEL ROYERO MORÓN
DEMANDADA: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN 20-001-33-33-008-2017-00387-01
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I.- ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia proferida el día 30 de mayo de 2019 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

Pretensiones. La parte demandante solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0585 del 18 de noviembre de 2013, expedida por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, en cuanto le reconoció la pensión de jubilación a la señora LETICIA ISABEL ROYERO MORÓN y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionada.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 8 de julio de 2012, equivalente *"al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional"*.

Que del valor de la condena se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución No. 0585 del 18 de noviembre de 2013.

Que se ordene a la entidad demandada el pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado, y que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley.

Que se ordene dar cumplimiento al fallo tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA, y el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en la mesadas pensionales decretadas.

Que se reconozcan y paguen los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena, y que se condene en costas y a la entidad demandada.

Hechos. La apoderada manifiesta que la señora LETICIA ISABEL ROYERO MORÓN, laboró más de veinte (20) años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación.

Sostiene que la base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó solo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, horas extras y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

Normas violadas y concepto de la violación. Se citan como vulneradas las siguientes disposiciones: el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985 y el Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de jubilación para el presente caso es la establecida en la Ley 91 de 1989, y que la inclusión reclamada se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, teniendo en cuenta para efectos del cálculo del valor de la mesada pensional todos los factores salariales que devengó durante el último año de prestación del servicio.

Sostiene que el acto administrativo de reconocimiento de pensión de jubilación no se ajusta a derecho, toda vez que para definir el valor de la mesada pensional excluyó alguno de los factores pensionales que devengó en el último año de servicio.

Providencia recurrida: El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Valledupar, mediante sentencia de fecha 30 de mayo de 2019, declaró la nulidad parcial del acto acusado, y a título de restablecimiento del derecho, condenó a la entidad demandada a reliquidar la pensión de jubilación reconocida a la demandante, tomando como ingreso base de liquidación, además de la asignación básica y la prima de vacaciones, el 75% del promedio de la prima de antigüedad devengada durante el año inmediatamente anterior al que adquirió el status de pensionada, esto es, desde el 7 de julio de 2011 al 7 de julio de 2012.

Declaró la prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 3 de noviembre de 2014.

Ordenó a la demandada pagar a favor de la demandante las diferencias de las mesadas pensionales existentes entre los valores que le fueron reconocidos y los que le deben reconocer, a partir del 3 de noviembre de 2014, por prescripción trienal, diferencia indexada conforme a la fórmula señalada en la parte motiva de la providencia.

Precisa que el presente asunto deberá regirse por los parámetros establecidos por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003,

es decir, que se rige por lo previsto en la Ley 33 de 1985, y los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, sin que se pueda incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

En ese sentido, tenemos que de conformidad con la parte considerativa del acto administrativo acusado, para la liquidación de la pensión de jubilación de la actora sólo se tuvieron en cuenta la asignación básica y la prima de vacaciones, no obstante la actora en el año inmediatamente anterior al de adquirir el estatus pensional (7 de julio de 2012), también devengó valores por concepto de prima de antigüedad y prima de navidad, que no fueron tenidos en cuenta en la liquidación de su pensión de jubilación.

La demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación tomando como ingreso base de liquidación la prima de navidad, toda vez que dicho factor salarial no está previsto en la Ley 62 de 1985, ello de conformidad con la sentencia de unificación precitada.

Recurso de apelación: La apoderada de la entidad demandada solicita se revoque la sentencia apelada, argumentando que la prima de antigüedad que se incluyó dentro del ingreso base de liquidación, sobre el cual el juez de primera instancia se pronunció, carece de aptitud probatoria por cuanto NO se tiene certeza sobre si se realizaron o no los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Señala que si bien es cierto la prima de antigüedad se encuentra enlistada en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, también es cierto que no se encuentra acreditado que se hayan efectuado los aportes. Lo anterior, recordando que la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 establece que deben confluir los dos requisitos: que estén enlistados en el artículo 1 de la Ley 62, y que se hayan efectuado los aportes, es decir, el uno no excluye al otro.

Alegatos de conclusión: En esta oportunidad procesal, la parte demandante indica que el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una sentencia de unificación del año 2010 de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, que luego fue reformada por otra sentencia de unificación y que posteriormente puede ser reformada por otra u otra, como efectivamente pasó, no cabe duda de la evidente inseguridad jurídica frente al caso que nos ocupa, pues no es claro el Consejo de Estado frente a los derechos que le atañen al personal docente, pues su posición ha cambiado en distintas formas.

Indica que el principio de seguridad jurídica se realiza en aplicación de la confianza legítima del Estado, favorabilidad, progresividad; pudiendo con la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, generarse fallos contradictorios, ante la existencia de dos sentencias de unificación de los derechos de los demandantes, cuyos derechos se causaron en la aplicación del precedente del año 2010.

Aduce que no existe seguridad jurídica para la persona que demandó años anteriores a la expedición de la sentencia del 25 de abril de 2019, con la esperanza de que su pensión le fuera reliquidada o liquidada conforme lo establece la sentencia de 4 de agosto de 2010, radicado No. 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-09) M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, pero que, en

razón a la congestión judicial con un cambio en la sentencia de unificación en el año 2019, no le vayan a reconocer sus derechos, vulnerando la confianza legítima que tenía en el Estado y la seguridad jurídica ya establecida.

Dice que existe una vulneración de derechos para aquellas personas que estando en iguales condiciones tienen sentencias contrarias al otro grupo de personas, cuyos fallos fueron conforme al respecto de sus derechos pensionales establecidos en la citada sentencia del 4 de agosto de 2010.

Advierte, que el juez de instancia debe analizar cómo regula la Ley 91 de 1989 en su artículo 8, los aportes al fondo prestacional del magisterio, que se hace para el reconocimiento de las pensiones de los docentes del magisterio.

De esta manera resulta evidente que los docentes vinculados al FNPSM que ingresaron al servicio público con anterioridad al 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, en aplicación a lo dispuesto por la ley, es decir, que en este asunto se está exigiendo el cumplimiento de la ley.

Finalmente manifiesta que más que estudiar la posibilidad o no que le asiste a su poderdante de percibir factores salariales en la liquidación de la pensión de jubilación, lo que el *ad quem* debe analizar es cuál jurisprudencia aplicar al caso presente, toda vez que al momento de radicación de la respectiva demanda estaba claro y así lo estaban fallado tanto en juzgados como en tribunal, y dado que se tenía la confianza legítima de una sentencia de unificación al respecto, máxime cuando la sentencia del año 2019, no deja taxativamente sin efecto la sentencia de unificación del año 2010, es por esta razón que insiste en el derecho que le asiste a su representada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra el fallo proferido el 30 de mayo de 2019, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Valledupar, recurso que se fundamenta, en que según la apelante en el presente caso la señora LETICIA ISABEL ROYERO MORÓN no tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo la prima de antigüedad como factora salarial, porque si bien es cierto la prima de antigüedad se encuentra enlistada en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 como factor salarial para liquidación pensional, también es cierto que no se encuentra acreditado que se hayan efectuado los aportes.

Antes de todo, debe aclararse que esta Corporación en anteriores oportunidades aplicó la tesis planteada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, Consejero Ponente Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, dentro del proceso radicado con el No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, en cuanto a la reliquidación pensional de los servidores públicos, la cual pese a que no había sido emitida en un caso como el que se analiza en esta oportunidad, por tratarse de un afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indiscutiblemente trazaba el camino a seguir en este tipo de circunstancias, ya que definió una serie de subreglas, las cuales podían ser empleadas como herramientas a la hora de resolver problemas jurídicos como el que nos atañe en esta oportunidad.

En efecto, en dicha providencia la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo estableció la siguiente subregla en lo atinente a la reliquidación de las pensiones, con base a los factores salariales a tener en cuenta:

"(...)

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley". El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como "[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil".

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

(...)

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada." (Sic para todo lo transcrito) (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Según este criterio, no resulta procedente la reliquidación prestacional con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante todo el tiempo en que prestó sus servicios, sino que sólo deben ser incluidos los factores salariales devengados señalados en la ley y sobre los cuales se hubiese efectuado los aportes, norma jurídica o regla de interpretación que contiene una tesis distinta a la que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Ahora, es cierto tal como lo expone la apelante, que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 "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". Sin embargo, hizo mención a la normativa aplicable a los docentes concretamente, al Literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", para precisar lo siguiente:

I. *"Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 «...».*

II. *"Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15) «...».*

III. *"Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003)".*

No obstante lo anterior, precisamente en razón a que se alegaba que dicha sentencia de unificación no constituía precedente frente al régimen pensional de los docentes, recientemente la Sección Segunda¹ en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, sentó jurisprudencia concretamente frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, y acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la plurimencionada sentencia del 28 de agosto de 2018, fijando la siguiente regla:

"En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo".

En virtud de lo anterior, es claro que al momento de resolver asuntos como el que hoy se discute, por su carácter vinculante y obligatorio se debe aplicar en su integridad el nuevo precedente del Consejo de Estado, en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar las pensiones para los docentes, en el entendido que para la liquidación pensional deberá tenerse en cuenta únicamente los factores salariales devengados por éstos en el último año

¹ Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, C.P. Dr. César Palomino Cortés, Exp. 680012333000201500569-01, No. Interno 0935-2017.

de servicios y/o en el último año antes de adquirir el status, siempre que se encuentren enlistados en la ley y sobre los mismos se hubieren realizado los respectivos aportes.

En ese orden de ideas, en el presente caso, a la liquidación de la pensión de la demandante, no se le pueden incluir factores adicionales a los señalados por la ley, así hayan sido devengados por el servidor durante el tiempo en que prestó sus servicios.

En consecuencia, atendiendo el precedente jurisprudencial de unificación reciente de la Sala Plena del Consejo de Estado, a la demandante no le asiste el derecho de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados mientras prestó el servicio, como quiera que no existe prueba en el expediente de que sobre éstos se hubiesen efectuado los aportes, siendo ésta una carga procesal exclusiva de la parte demandante, sin que sea posible que el Juez subsane las falencias probatorias de quien corresponde demostrar los hechos que alega, además por cuanto los factores solicitados no se encuentran señalados en la ley.

Así las cosas, al analizar el acto administrativo² que reconoció la pensión de jubilación a la actora, acota la Sala, que la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, además de la asignación básica, la prima de vacaciones, este último factor no está incluido en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de éste medio de control.

El control de legalidad del acto administrativo dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho no puede desbordar el objeto del litigio fijado, pues de ser así, se afectarían principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Ahora, está acreditado en el expediente que la demandante durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada devengó además de la asignación básica y prima de vacaciones, los siguientes factores salariales: prima de antigüedad y prima de navidad.

Sobre dichos factores hay que decir que la prima de navidad, no podía ser incluida por la entidad demandada en la base de liquidación prestacional de la actora, como quiera que la misma no se encuentra enlistada en la Ley 62 de 1985, como factor que conforma la base de liquidación pensional.

Ahora, en cuanto a la prima de antigüedad, es de anotar que ésta sí se encuentra enlistada dentro de los factores establecidos en la Ley 62 de 1985, para tal fin. No obstante, debe precisarse que en reiteradas ocasiones la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, que cuando la prima de antigüedad tiene como

² Ver folios 4-5

fueron un acto de una entidad colegiada del orden territorial, ésta no puede ser tenida en cuenta como factor salarial, como quiera que la autoridad territorial se arrogó competencias que están destinadas para el Congreso de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política.³

Respecto a esto, también debe anotarse, que este Tribunal, con ponencia de la Magistrada doctora Doris Pinzón Amado, dentro del proceso radicado 20-001-23-31-004-2011-00290-00, mediante sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, declaró la nulidad del Acuerdo Municipal No. 13 del 14 de abril de 1983, por medio del cual el Concejo Municipal de Valledupar creó la prima de antigüedad para los empleados municipales, por considerar que dicha Corporación no tenía competencia para crearla, siendo su competencia exclusiva del legislador. Así señaló en esa oportunidad este Tribunal:

“De la lectura de las normas anteriores, se advierte que ni a los Concejos Municipales ni a las Asambleas Departamentales se les atribuyó competencia para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados de estos órdenes, facultad que quedó radicada exclusivamente en el Congreso de la República o del Presidente de la República:

Así lo manifestó el Consejo de Estado en sentencia del 29 de octubre de 2009, Radicación número: 68001-23-15-000-2003-02753-01(0063-08), con ponencia de la Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez:

“Al respecto esta Sala ha reiterado que la Constitución Nacional de 1886 no le otorgaba la competencia a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y Distritales para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados de estos órdenes, pues los artículos 76, numeral 9, y 120, numeral 21, consagraron la facultad exclusiva del Congreso de la República o del Presidente de la República, de fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos, incluido el de los del nivel territorial...”⁴ –Sic para lo transcrito-

5.- CASO CONCRETO.-

Descendiendo al caso concreto, y tomando en consideración la normatividad Constitucional y la Jurisprudencia que se acaba de exponer, encuentra la Sala que el Consejo Municipal de Valledupar no contaba en el año 1983 con la competencia para expedir el Acuerdo Municipal No. 13 de 1983, por medio del cual se creó la prima de antigüedad para los empleados municipales, dado que la creación de dicha prima, por constituir un factor salarial, era de competencia exclusiva del Legislador.

En virtud de lo anterior, las excepciones propuestas por el Apoderado del Sindicato de Trabajadores Públicos de la Alcaldía de Valledupar SINSERPUAL no tienen vocación de prosperidad, y en consecuencia, esta Corporación decretará la nulidad del Acuerdo Municipal No. 13 de 1983.”
(Sic para lo transcrito).

³ Sección Segunda, Consejo de Estado, providencia de fecha 8 de septiembre de 2016, radicado: 08001233300201400018 01, radicado interno 4840-2015, M.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 29 de octubre de 2009. Radicación número: 68001-23-15-000-2003-02753-01(0063-08), Magistrada Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Aunado a lo anterior, en un caso similar al que aquí se discute, este Tribunal encontró acreditado que la prima de antigüedad que devengaban en su momento los docentes pertenecientes al ente municipal, fue creada por el Concejo Municipal, por lo que ello corrobora que al ser una creación ilegal, dicho emolumento no puede ser tenido en cuenta para efectos de ser reconocido como factor salarial, así se señaló en esa oportunidad:

“En el presente asunto, mediante oficio de fecha 11 de noviembre de 2016, visto a folio 219, el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, certificó que la prima de antigüedad cancelada al señor PEDRO JUAN TORRES FLÓREZ, se le otorgó a partir del año 2012, pues fue creada en virtud del Acuerdo Municipal No. 13 del 14 de abril de 1983, proferido por el Concejo Municipal de Valledupar, por lo que claramente, dicha autoridad no estaba facultada para fijar el régimen salarial ni prestacional a los empleados municipales, circunstancia que conlleva a que la misma no sea tomada en cuenta como factor salarial en el reconocimiento prestacional del demandante.”⁵

En tanto, no existe duda que la prima de antigüedad cancelada a la demandante, fue creada a través de un acuerdo municipal, por lo que claramente, el Concejo Municipal no estaba facultado para fijar el régimen salarial ni prestacional a los empleados municipales, circunstancia que conlleva a que la misma no sea tomada en cuenta como factor salarial en el reconocimiento prestacional de la demandante, pese a que dicho factor hubiese sido devengado en el último año de servicios y se encuentre enlistado en la ley.

Del mismo modo, Consejo de Estado, ha sido reiterativo en el tema manifestando que si el factor devengado en el último año de servicio, fue creado por fuera del marco de competencias, éste no puede ser incluido en la base de liquidación pensional:

“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.

La Sección Segunda - Subsección B, con ponencia de la Doctora Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), en sentencia de 4 de julio de 2013, Expediente: 050012331000200102924 01 (0033-2013), actor: Marco Fidel Suárez Mesa, consideró que no era posible incluir factores salariales. Tratándose de la pensión de jubilación cuando estos provienen de disposiciones municipales tales como Acuerdos o Decretos, de la siguiente manera:

“Ahora bien, de acuerdo con el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991 al Congreso de la República le corresponde fijar las normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar los requisitos y condiciones del reconocimiento de la pensión de

⁵ Sentencia de fecha 1° de junio de 2018, actor: Pedro Juan Torres contra la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. Dr. José Antonio Aponte Olivella.

jubilación de los empleados públicos, por lo que es ilegal cualquier disposición, referente a: (a) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (b) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a esto tópico. En ese sentido, los demás factores salariales que percibió el demandante, tales como, las primas de vida cara y aguinaldo, los cuales fueron creados por el Acuerdo Nos. 29 de 1.978 y el Decreto Municipal No. 120 de 1983, razón por la cual es posible tenerlos en cuenta dentro de la liquidación pensional, por cuanto fueron concebidos con total desconocimiento de las normas superiores, situación que hace imposible su reconocimiento, pues no le es dable al Juez prohijar derechos cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal".⁶

Resumiendo, en el presente asunto, a la demandante no le asiste el derecho de que su mesada pensional sea reliquidada, con la inclusión de la prima de antigüedad, toda vez que si bien es cierto esta se encuentra enlistada en la ley y esté acreditado que la devengó en su último año de servicios, no debe ser incluida en la base de su liquidación, porque dicha prima es un factor de creación extralegal, tal como se expresó en precedencia.

De este modo, será revocada la sentencia apelada, que accedió a reliquidar la pensión de jubilación de la demandante con la inclusión de dicha prima, para en su lugar, declarar probadas las excepciones de "inexistencia de obligación" y "cobro de lo no debido", propuestas por la entidad demandada, y en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.

No habrá condena en costas en ninguna de las instancias, por no haberse probado su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida el día 30 de mayo de 2019, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar. En su lugar, se declaran probadas las excepciones de "inexistencia de obligación" y "cobro de lo no debido", propuestas por la entidad demandada, y en consecuencia, se niegan las pretensiones de la demanda.

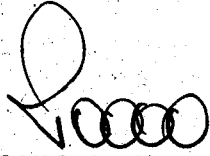
SEGUNDO: Sin condena en costas en ninguna de las instancias.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

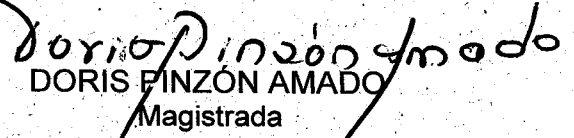
Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 009.


⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia de fecha 13 de febrero de 2014, radicado: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12), M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Presidente



DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada



CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado