



Sentencia 00830 de 2017 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 30 de marzo de 2017

Expediente: 05-001-23-33-000-2012-00830-01
N.º Interno: 1433-2014
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Oscar Hernando Duque Hoyos
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-032-2017

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de enero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Antioquia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Oscar Hernando Duque Hoyos en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.¹

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas art. 180-6 CPACA

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.²

En el presente caso a folio 55 y CD a folio 62, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

« [...] En el término de contestación, la parte demandada no emitió ningún pronunciamiento, por lo tanto, no se alegó ninguna excepción. Así mismo, no se encontró ninguna excepción que se deba declarar de oficio [...]»

Fijación del litigio art. 180-7 CPACA

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.³

En el *sub lite* a folios 55 a 59 y CD a folio 62 en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto de las pretensiones, los hechos relevantes y el problema jurídico, así:

Pretensiones

«[...] - Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 012027 del 24 de mayo de 2007, por medio del cual (sic) se omiten la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada (sic) del actor, esto es desde el 20 de diciembre de 2005, tales como: la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de vida cara, prima de licenciado y prima de escuela unitaria.

- Como restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la Nación- Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, reliquide la pensión vitalicia de jubilación del señor Oscar Hernando Duque Hoyos, teniendo en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de vida cara, prima de licenciado y prima de escuela unitaria ya que considera que hacen parte del concepto de salario y que fueron devengados durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado y la entidad demandada omitió al momento de la reliquidación de su pensión ordinaria de jubilación, mediante la Resolución 012027 del 24 de mayo de 2007.

- Como consecuencia de la pretensión anterior, pide que se le pague las diferencias de las mesadas dejadas de cancelar por la parte convocada desde la fecha de la exigibilidad de la obligación, esto es desde el 20 de diciembre de 2005, mes a mes y por el tiempo transcurrido hasta que se haga efectivo el pago.

- Solicita que se ordene sobre la pensión reliquidada se aplique los ajustes de ley, de conformidad con la Ley 71 de 1988, se aplique la indexación laboral, se condene al reconocimiento de los intereses moratorios y el pago de las agencias en derecho y costas procesales a que hubiere lugar [...]»

Hechos relevantes según la fijación del litigio.

«[...] 1.- Indica que el demandante trabaja como docente en propiedad de tiempo completo al servicio de la educación oficial en el municipio de Cocorná -Antioquia-, con una vinculación de carácter nacionalizada a partir del 23 de julio de 1973 y actualmente se encuentra activo en el Centro Educativo Rural el Roblal de esa municipalidad.

2.- Mediante escrito radicado bajo el No. 2006-PENS-013864 del 27 de diciembre de 2006, por medio de apoderado se solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental de Antioquia - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el magisterio Regional Antioquia, el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación a la cual tiene derecho.

3.- Como consecuencia de lo anterior la entidad demandada, mediante acto administrativo contenido en la resolución 012027 del 24 de mayo de 2007, le reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$ 1.382.44 inferior a lo ordenado por la Ley, es decir, se le liquidó teniendo en cuenta únicamente la asignación básica mensual, dejando por fuera los demás conceptos que integran el salario, tales como: la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de vida cara, prima de licenciado y prima de escuela unitaria.

4.- Manifiesta que tiene derecho a que su pensión vitalicia de jubilación sea reliquidada, teniendo en cuenta el 75% de los salarios devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de estatus jurídico de pensionado tales como: la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de vida cara, prima de licenciado y prima de escuela unitaria, bajo los parámetros establecidos con el régimen de transición de la Ley 91 de 1989, así como las Leyes 33 de 1985, Ley 71 de 1988 y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003. [...]»

Problema jurídico fijado en el litigio.

«[...] Le corresponde a la Sala resolver si es procedente declarar la nulidad de la Resolución 012027 del 24 de mayo de 2007, por medio de la cual se reconoce la pensión vitalicia de jubilación al señor Oscar Hernando Duque Hoyos, por no liquidar la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicio tales como: la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de vida cara, prima de licenciado y prima de escuela unitaria o por el contrario se encuentra ajustado a derecho la liquidación realizada por la entidad al basarse únicamente en la asignación básica mensual.

Así mismo se asocian los siguientes problemas jurídicos:

¿Cuáles son las disposiciones aplicables a la situación del demandante, quién recibe una pensión de jubilación por servicio docente a cargo del

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

¿Qué factores salariales deben tenerse en cuenta para efectuar la liquidación de la pensión de jubilación?

¿Cómo deben interpretarse las disposiciones aplicables al caso concreto? [...]»

SENTENCIA APELADA⁴

El Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia de forma escrita, en la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, señaló que el régimen aplicable al demandante para el reconocimiento de la pensión de jubilación es la Ley 33 de 1985, toda vez que su vinculación como docente se dio a partir del 23 de julio de 1973.

Indicó que con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, con el precedente jurisprudencial fijado por la Sección Segunda de esta Corporación en la sentencia de 4 de agosto de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila y por interpretación extensiva, los factores salariales que integran la base de liquidación señalados por la ley 33 de 1985 son meramente enunciativos y no taxativos.

En esa medida, consideró que se deben incluir en la base de liquidación pensional únicamente todos aquellos factores salariales de creación legal que el trabajador efectivamente percibió en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus de pensionado, debido a la inconstitucionalidad que reviste el reconocimiento de factores salariales creados por las Asambleas Departamentales por falta de competencia, como lo son las primas de vida cara, de licenciado y de escuela unitaria, respecto de las cuales, aplicó la excepción de inconstitucionalidad a los actos administrativos que las crearon.

Por tanto, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación con lo devengado por el demandante en el último año de servicios, es decir 2005, con la inclusión de los factores salariales de carácter legal (asignación básica, la prima de navidad y vacaciones) sin tener en cuenta las primas de carácter extralegal (primas de vida cara, de licenciado y de escuela unitaria), a partir del 4 de diciembre de 2009 por efectos de la prescripción trienal y previa la deducción de los aportes causados y destinados al sistema de seguridad social en salud y pensión.

RECURSO DE APELACIÓN⁵

El demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión por considerar que las primas extralegales (primas de vida cara, de licenciado y de escuela unitaria) se deben incluir en la reliquidación pensional, toda vez que gozan de presunción de legalidad en la medida que no han sido declarados nulos los actos administrativos que las crearon y en la actualidad el departamento de Antioquia aún las cancela.

Indicó que en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968, la Asamblea del Departamento de Antioquia tenía la competencia para la creación de factores salariales y prestacionales, por tanto, la Constitución Política de 1991 no tiene la virtud de afectar su validez ni su vigencia, máxime, cuando se considera un derecho adquirido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión en segunda instancia tal como se observa a folio 121 del expediente.

Concepto del Ministerio Público: No rindió concepto en segunda instancia tal como se observa a folio 121 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁶, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

1. ¿El señor Oscar Hernando Duque Hoyos tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales extralegales denominados primas de vida cara, de licenciado y de escuela unitaria, devengados en el último año de servicios?

La Subsección adoptará la siguiente tesis: No es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante con la inclusión de factores salariales extralegales, con base en los siguientes argumentos:

Primas de vida cara, de licenciado y de escuela unitaria creadas por la Asamblea Departamental de Antioquia.

Mediante Ordenanza 34 de 1973, la Asamblea Departamental de Antioquia creó la «prima de vida cara» para todos los trabajadores del Departamento, posteriormente, mediante Decreto 01 Bis de 1981, la Gobernación de Antioquia recopiló, actualizó y determinó las primas y bonificaciones contempladas para los educadores a partir del 1º de enero de 1981, tales como la prima de licenciado y de escuela unitaria.

En el presente caso conforme el certificado expedido por el Director de gestión y Apoyo Administrativo de la Secretaría de Educación para la Cultura de la Gobernación de Antioquia (folio 33), el demandante para el año 2005 y 2006 devengó las siguientes «primas departamentales»:

«Prima de vida cara»

Año	Grado	Salario básico	Valor pagado febrero	Valor pagado agosto	Valor total
2005	14	1.845.990	922.995	922.995	1.845.990
2006	14	1.938.290	969.145	969.145	1.938.290

«Prima de licenciado» (se cancela el 10% del salario básico mensual)

Año	Grado	Salario básico	Valor Mensual	Número de días	Valor total
2005	14	1.845.990	184.599	360	2.215.188
2006	14	1.938.290	193.829	360	2.325.948

«Prima de escuela nueva o unitaria» (se cancela el 26% del salario básico mensual)

Año	Grado	Salario básico	Valor Mensual	Número de días	Valor total
2005	14	1.845.990	479.957	360	5.759.489
2006	14	1.938.290	503.955	360	6.047.465

El régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las entidades territoriales

A efectos de abordar el problema jurídico planteado, se debe hacer referencia a las normas anteriores a la Constitución Política de 1991 en razón a que las primas de vida cara, de licenciado y de escuela unitaria deprecadas por el demandante fueron creadas mediante la Ordenanza 34 de 1973, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia y por el Decreto 01 Bis de 1981 proferido por la Gobernación del Departamento de Antioquia.

Ahora bien, en vigencia de la Constitución de 1886, con la reforma introducida por el artículo 11 del Acto Legislativo 1 de 1968 se indicó que « [...] Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones « [...]» 9. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos, y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales [...]»

Por su parte, el artículo 57 del Acto Legislativo 1 de 1968, señaló que corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas « [...] 5. Determinar a iniciativa del Gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo. [...]»

De lo anterior se colige que en vigencia de la Carta Política de 1886 las entidades territoriales tuvieron competencia para fijar las escalas salariales de los empleados públicos del nivel departamental, la cual, continuó hasta la expedición de la reforma constitucional de 1968, con la cual fue radicada la competencia definitivamente en el Congreso de la República y dejó claro que la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos era del legislador.

Por su parte, la Constitución de 1991, retomó estos mismos lineamientos y atribuyó a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y Distritales, la facultad de señalar las escalas de remuneración dentro de los lineamientos generales fijados en la ley, esto es: nivel, grado y remuneración básica.

Igualmente, fijó la competencia para señalar el régimen prestacional de los empleados territoriales en primer término en el Congreso de la República que señala los principios y parámetros generales que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para determinarlo, como lo indica el artículo 150 ordinal 19.º literal. e) y f).

Por su parte, el Gobierno Nacional debe fijar los límites máximos de los salarios de los servidores públicos; a las asambleas departamentales (artículo 300 ordinal 7º) y los concejos municipales (artículo 313 ordinal 6º) determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate.

Los gobernadores (artículo 305 ordinal 7º) y los alcaldes (artículo 315 ordinal 7º) deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, atendiendo las ordenanzas y acuerdos correspondientes.

En las anteriores condiciones, la Constitución Política de 1991, reservó la facultad de fijar el régimen prestacional de los empleados públicos en cabeza del Congreso y del Gobierno Nacional. Empero, asignó a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales la función de determinar las escalas salariales, esto es, para señalar los grados o niveles para las distintas categorías de empleos, pero no para crear elementos salariales o factores prestacionales.

En virtud de la norma constitucional en comento, el Congreso de la República mediante la Ley 4ª de 1992, determinó las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. En su artículo 12, indicó:

« [...] El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional ⁷ [...]» (Lo subrayado es de la Sala.)

En el presente caso, el demandante pretende el pago de las prestaciones contenidas, en primer lugar, en la Ordenanza 034 de 1973, la cual creó la «prima de vida cara» consistente en pagar a todos sus trabajadores la mitad de la asignación básica mensual, una vez por año; y en segundo lugar, en el Decreto 001 Bis de 1981 que recopiló y actualizó todas las primas de los educadores entre las que se encuentran la primas de licenciado y de escuela unitaria y, generan un beneficio adicional para los funcionarios del Departamento.

No obstante, tal como lo ha señalado esta Corporación en reiterada jurisprudencia⁸ y de acuerdo con la normativa transcrita vigente para la época en que se expidieron los mencionados actos administrativos, esto es, el Acto legislativo 1 de 1968, se puede señalar que tanto la Asamblea Departamental como el Gobernador del Departamento de Antioquia carecían de esa facultad, en la medida que no tenían competencia para crear emolumentos o factores prestacionales o salariales a favor de los mismos.

Por tanto, si bien el demandante percibió las mencionadas primas por los años 2005 y 2006, es claro que no puede accederse a la solicitud de reliquidación pensional con la inclusión de esos factores precisamente ante la configuración del fenómeno de falta de competencia del Gobernador del Departamento y la Asamblea Departamental para su creación, la cual, proviene de la misma Constitución Política.

En estos términos, a pesar de que la Ordenanza 34 de 1973 y el Decreto 01 Bis de 1981 no han sido declarados nulos por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es procedente inaplicarlos al caso concreto por resultar inconstitucionales tal como lo declaró el *a quo*.

En ese sentido se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto reliquidó la pensión de jubilación del señor Oscar Hernando Duque Hoyos solo con la inclusión de los factores salariales de creación legal que percibió en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus de pensionado y denegó la inclusión de las primas denominadas: de vida cara, de licenciado y de escuela unitaria.

En conclusión: La determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos territoriales en vigencia tanto de la Constitución Política de 1986 como la Carta Política de 1991 compete al Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador y, no a las corporaciones públicas territoriales.

En el presente caso, las primas de vida cara, de licenciado y de escuela unitaria fueron creadas sin competencia por la Asamblea Departamental y por el Gobernador de Antioquia a través de la Ordenanza Ordenanza 34 de 1973 y el Decreto 01 Bis de 1981, respectivamente. Por tanto, a pesar de que estos actos administrativos no han sido declarados nulos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es procedente su inaplicación al caso concreto por inconstitucionalidad y en ese sentido no se deben tener en cuenta para la reliquidación pensional del demandante.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

De la condena en costas

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección⁹ en el presente caso no se impondrá condena en costas en segunda instancia según el ordinal 3.º del artículo 365 del Código General del Proceso y el artículo 188 del CPACA., porque si bien se confirma la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y el recurso de apelación fue interpuesto por la parte demandante a quién no le prosperaron las razones de la apelación, la entidad demandada no intervino en el trámite de la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en

nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 27 de enero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Antioquia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor Oscar Hernando Duque Hoyos contra La Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas en la segunda instancia.

Tercero: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

² Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

3 Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

4 Folios 70 a 83 vuelto

5 Folios 87 a 91

6 El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

7 Declarada exequible mediante Sentencia C-315 de 19 de julio de 1995, siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales”.

8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de abril de 2014, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno: 0184-2012; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de marzo de 2011, Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, número interno: 2055-2010

9 Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección “A” de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

JCG/SMGO

Fecha y hora de creación: 2025-01-14 09:47:45