



Santiago de Cali, 10 SEP 2018

**Interlocutorio No. 674**

**Expediente No. 76001-33-33-013-2015 - 00036 -00**

**INCIDENTE DE DESACATO DE TUTELA**

**Incidentalista: BLANCA RUBIELA PANTOJA MARTÍNEZ agente oficiosa de la menor JOHANA SOLARTE PANTOJA**

**Incidentado: MEDIMAS EPS**

### **ASUNTO**

Se decide en el presente asunto el incidente de desacato que fue propuesto por la señora **BLANCA RUBIELA PANTOJA MARTÍNEZ agente oficiosa de la menor JOHANA SOLARTE PANTOJA** contra **MEDIMAS EPS**.

### **ANTECEDENTES**

Mediante sentencia de segunda instancia de fecha ocho (8) de abril de dos mil quince (2015), proferida por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, se dispuso:

*"PRIMERO: CONFIRMAR los numerales 1, 2 y 3 de la sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil quince (2015) proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali, por las razones expuestas. SEGUNDO: REVOCAR el numeral 4 de la sentencia impugnada y en su lugar ORDENAR a la EPS SALUDCOOP, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente proveído, asuma la totalidad del valor de los servicios médicos que la niña Jessica JOHANA SOLARTE PANTOJA reciba para el tratamiento de las patologías que padece y exonere a la paciente de los copagos y cuotas moderadoras que puedan causarse como consecuencia de ello. TERCERO: CONCEDER la facultad a la EPS SALUDCOP de hacer el recobro ante el FOSYGA por el 100% por los servicios NO POS, y demás exclusiones si este se negara a hacerlo. CUARTO: NOTIFÍQUESE en legal forma a las partes, entregándoles copia auténtica e íntegra del fallo. Envíese copia de esta providencia al Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali, dentro del término legal. QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión."*

Ahora bien, la señora Blanca Rubiela Pantoja Martínez agente oficiosa de la menor Johana Solarte Pantoja mediante memorial con fecha del veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018), allega incidente de desacato aduciendo que la entidad accionada no ha dado cumplimiento a lo ordenado por parte de la sentencia de tutela de segunda instancia fechada el ocho (8) de abril de dos mil quince (2015).

En razón a lo anterior, este Despacho mediante auto interlocutorio No. 456 del veintiocho (28) de mayo de dos mil dieciocho (2018), visto a folio (37) del expediente, avoca el presente incidente requiriendo a la entidad accionada para que en el término de cinco (5) días informara a esta Agencia Judicial, sobre el cumplimiento del fallo de tutela antes referido; auto comunicado por oficio No. 654 del 28 de mayo de 2018.



Al evidenciar que no existe respuesta alguna por parte de MEDIMAS EPS, se dispuso por medio de auto interlocutorio No. 487 del seis (06) de junio de dos mil dieciocho (2018) (fl. 40), aperturar el incidente de desacato propuesto por la señora Pantoja Martínez, notificándole el mismo a la entidad a través del oficio 700 del 06 de junio de 2018, otorgándole el término de tres (03) días a fin de que se pronunciara al respecto.

Vencido dicho termino, mediante auto interlocutorio No. 497 del catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018) (fls. 43 a 47), este Despacho dispuso imponer sanción con multa de un (01) salario mínimo legal mensual vigente so pena de imponérsele sanción de arresto un (01) día, al representante legal de **MEDIMAS EPS, Dr. HERNÁN ALFONSO BRICEÑO**. Providencia que fue confirmada por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, con ponencia del Dr. Oscar Silvio Narvárez Daza, mediante auto interlocutorio No. 01 del veintidós (22) de junio de dos mil dieciocho (2018) (fl. 54 a 57).

Una vez allegado el expediente del H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, este Despacho Judicial ordeno requerir con carácter urgente a la autoridad renuente por medio del auto interlocutorio No. 660 del veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciocho (2018), sin que la entidad accionada informara a este Recinto Judicial el cumplimiento al fallo de tutela de segunda instancia fechado el ocho (08) de abril de dos mil quince (2015).

### CONSIDERACIONES

El artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, sobre cumplimiento del fallo de tutela, indica:

*"Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.*

*Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenara abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.*

*Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.*

*En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que este completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza" /Subraya el Despacho/.*

Así las cosas estamos en presencia del incumplimiento por parte del representante legal de **MEDIMAS EPS, Dr. HERNAN ALFONSO BRICEÑO** o quien haga sus veces, a la sentencia de tutela de segunda instancia de fecha ocho (08) de abril de dos mil quince (2015), proferida por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca; toda vez que, comunicada la existencia del



memorial de incidente de desacato; enviando copia del mismo a la entidad accionada; y después de realizar varios requerimientos, con la doble finalidad de un lado, para que diera estricto cumplimiento a la orden impartida por este Despacho, y otra parte, con la finalidad de garantizarle el **debido proceso y derecho de defensa** que debe regir en todas las actuaciones judiciales; se evidencia que a la fecha la entidad accionada **MEDIMAS EPS** continua vulnerando los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la menor **JOHANA SOLARTE PANTOJA**, que por su edad y condición de salud, la hace acreedora de sujeto de especial protección constitucional por parte del Estado.

Siendo así las cosas, tenemos que el objeto del incidente de desacato es garantizar el cumplimiento del fallo de tutela y por consiguiente restablecer los derechos fundamentales vulnerados, con base en la sentencia proferida. El juez, en el trámite incidental, está delimitado por lo ordenado en la parte resolutive del fallo, para lo cual debe verificar los siguientes elementos: 1. Quien es la persona que resultó obligada con la orden proferida; 2. El término otorgado para ejecutarla; 3. El alcance de la orden impartida.

En la sentencia T-421 del 23 de mayo de 2003 de la H. Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, se señaló:

*"... el incidente de desacato es un instrumento procesal para garantizar plenamente el derecho constitucional a la administración de justicia del accionante (art. 229 C.P.). No sólo se protege éste cuando se permite que se acuda a la tutela, se reconozca la vulneración de los derechos fundamentales en el fallo, y se establezca la respectiva orden para su protección. Se necesita ir más allá y poner en marcha todas las medidas procesales para que la materialización de la protección sea un hecho".*

Conforme la norma en cita, se le impondrá al Presidente de **MEDIMAS EPS Dr. HERNÁN ALFONSO BRICEÑO** o quien haga sus veces, sanción de arresto por el término de un (01) día, teniendo en cuenta lo ordenado en el interlocutorio No. 01 del veintidós (22) de junio de dos mil dieciocho (2018) (fl. 54 a 57).

En consecuencia, el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR** que el Presidente de **MEDIMAS EPS Dr. HERNÁN ALFONSO BRICEÑO** o quien haga sus veces, incurrió en desacato de la orden impartida por este Despacho en el fallo de tutela de segunda instancia del ocho (8) de abril de dos mil quince (2015), emitido por el H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que dispuso:

*"PRIMERO: CONFIRMAR los numerales 1, 2 y 3 de la sentencia del veintitrés (23) de febrero de dos mil quince (2015) proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali, por las razones expuestas. SEGUNDO: REVOCAR el numeral 4 de la sentencia impugnada y en su lugar ORDENAR a la EPS SALUDCOOP, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente proveído, asuma la totalidad del valor de los servicios médicos que la niña Jessica JOHANA SOLARTE*



PANTOJA reciba para el tratamiento de las patologías que padece y exonere a la paciente de los copagos y cuotas moderadoras que puedan causarse como consecuencia de ello. TERCERO: CONCEDER la facultad a la EPS SALUDCOP de hacer el recobro ante el FOSYGA por el 100% por los servicios NO POS, y demás exclusiones si este se negara a hacerlo. CUARTO: NOTIFÍQUESE en legal forma a las partes, entregándoles copia auténtica e íntegra del fallo. Envíese copia de esta providencia al Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Cali, dentro del término legal. QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión."

**SEGUNDO: IMPONER** al Presidente de **MEDIMAS EPS Dr. HERNÁN ALFONSO BRICEÑO** o quien haga sus veces, sanción de arresto por el término de un (01) día, el cual se cumplirá en el COMANDO DE LA POLICÍA METROPOLITANA DE BOGOTÁ.

**TERCERO: LIBRAR OFICIO** al señor **COMANDANTE DE LA POLICÍA METROPOLITANA BOGOTÁ D.C.**, a fin que se sirva ordenar disponer lo pertinente para conducir al Presidente de **MEDIMAS EPS Dr. HERNÁN ALFONSO BRICEÑO** o quien haga sus veces, a sus instalaciones, para que cumpla con el arresto que como sanción de carácter administrativo se ha impuesto en esta providencia, por el término de un (01) día.

**CUARTO: LIBRAR OFICIO** con destino a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN con sede en Bogotá D.C., a efectos de que se inicie la correspondiente investigación disciplinaria en contra el Presidente de **MEDIMAS EPS Dr. HERNÁN ALFONSO BRICEÑO** o quien haga sus veces, derivada del incumplimiento de la sentencia de tutela de segunda instancia proferida dentro de la presente acción constitucional. Remítase copias de la presente actuación.

**SEXTO: NOTIFÍQUESE POR EL MEDIO PROCESAL MAS EXPEDITO** de la presente providencia al Presidente de **MEDIMAS EPS, Dr. HERNÁN ALFONSO BRICEÑO** o quien haga sus veces.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ADELA YRIASNY CASAS DUNLAP

La Jueza

Proyectó: Andrés D. Dávila Grisales. Sustanciador Nominado

NOTIFICACIÓN POR ESTADO  
ELECTRÓNICO

El Auto anterior se notifica por:

Estado No. 55

Del 11/09/2013

El Secretario. 23



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

Santiago de Cali, seis (06) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

## SENTENCIA

**RADICADO:** 76001-33-33-013-2015 – 00303-00  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**DEMANDANTE:** ANA MERCEDES PATIÑO ZULUAGA  
**DEMANDADO:** NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE CALI

Cumplido los trámites previstos en la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), y como existen medios de pruebas suficientes para adoptar una decisión de fondo, se procede a dictar la sentencia escrita que en derecho corresponda.

### 1. ANTECEDENTES

La señora **ANA MERCEDES PATIÑO ZULUAGA**, mediante apoderado judicial constituido en legal y debida forma, según original de poder visible a folio 1 del expediente, solicita la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por ella.

### Hechos.

Los hechos se sintetizan así:

1. Que por haber reunido los requisitos de ley, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 623 del 14 de abril de 2004, reconoció y ordenó el pago a la demandante una pensión vitalicia de jubilación.
2. Que la demandante fue retirada del servicio docente a partir del 5 de noviembre de 2013, mediante la Resolución No. 4143.0.21.7765 del 15 de octubre de 2003.
3. Que el día 20 de junio de 2014, la demandante solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación para que se le tengan en cuenta los factores salariales percibidos durante el último año de servicios.
4. Que mediante Resolución No. 4143.0.21.5915 del 31 de julio de 2014, la Secretaria de Educación Municipal de Cali liquida la pensión de jubilación de la demandante, pero sin tener en cuenta la prima de servicios y la prima de antigüedad, factores que fueron devengados dentro del periodo a tener en cuenta.

### Pretensiones.

La parte demandante solicita:

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 4143.0.21.5915 del 31 de julio de 2014, proferida por el Secretario de Educación Municipal de



**Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali**

Santiago de Cali, en cuanto no tuvo en cuenta para reliquidar la pensión, todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios.

2. Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada efectuar el ajuste y/o reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la actora, tomando como base para la liquidación la totalidad de los factores salariales devengados durante el periodo comprendido en el último año de prestación del servicio.
3. Que se ordene a la entidad demandada, realizar el reconocimiento y pago a la actora de las diferencias dinerarias que resulten entre las sumas que le han sido pagadas y las que han debido pagarle.
4. Que sean aplicados los incrementos anuales de ley sobre el nuevo monto que tenga la pensión debidamente reajustada.
5. Que se reconozca y pague la actualización de valor o indexación monetaria resultante de aplicar al total de las sumas adeudadas, con base en la variación del índice de precios al consumidor.

**Normas violadas y concepto de violación.**

Estima como normas violadas las siguientes:

Constitución Política, artículos 2, 6, 13, 23, 25, 29 y 58; Ley 1437 de 2011, artículos 5, 7, 10, 13, 14, 102 y concordantes; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Decreto Ley 2277 de 1979 o Estatuto docente, artículo 3º; Leyes 33 y 62 de 1985; Ley 100 de 1993, artículos 36 y 279; Ley 115 de 1994, artículo 115; Ley 812 de 2003, artículo 81; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1151 de 2007, artículo 160.

Como concepto de la violación manifiesta, que la liquidación de la pensión de jubilación y de las prestaciones sociales se somete o supedita a la base salarial, esto es, a lo que concretamente se recibe como remuneración por el trabajo oficial ejecutado; indica que la asignación mensual para estos efectos comprende no solo el salario básico a cargo, sino todos los factores reconocidos y pagados en el mes como retribución del servicio, a la vez que aquellos que se adquieren proporcionalmente por el trabajo en el mes salvo los excluidos por ley para esta finalidad, según repetidamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la alta Corporación.

**Trámite procesal.**

La demanda se presentó el día 4 de septiembre de 2015 (folios 1-26), fue admitida mediante Auto Interlocutorio N° 951 del 29 de septiembre de 2015 (fls. 29 y vuelto) y se notificó a las partes en debida forma (fls. 35-38).

La entidad demandada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda (fls. 80 - 88) y propuso las siguientes excepciones: *falta de*



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

*legitimación en la causa por pasiva, ineptitud de la demanda, prescripción, inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y cobro de lo no debido.*

Por su parte el Municipio de Cali presentó escrito de contestación por fuera del término.

Mediante Auto de Sustanciación No. 1119 del 02 de agosto de 2016 (fls. 130) se fijó para el día 2 de marzo de 2017 la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la ley 1437 de 2011 y se citó a los sujetos procesales.

En la audiencia inicial, se cumplieron todas las etapas procesales y en vista de que no existían pruebas por practicar se prescindió de la audiencia de pruebas, en consecuencia se procedió a correr traslado por diez (10) días para alegar de conclusión y se manifestó que dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del traslado se procederá a dictar sentencia. (fls. 140 a 143)

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se decide, previas estas,

## 2.- CONSIDERACIONES.

### 2.1.- COMPETENCIA.

Este juzgado es competente para conocer este asunto, con fundamento en el numeral 2 del artículo 155 de la ley 1437 de 2011.

### 2.2.- DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:

La parte demandada FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, propone como excepciones: ***"falta de legitimación en la causa por pasiva", "ineptitud de la demanda", "prescripción", "inexistencia de la obligación con fundamento en la ley" y "cobro de lo no debido"***.

Con relación a las excepciones denominadas ***"inexistencia de la obligación con fundamento en la ley" y "cobro de lo no debido"***, esta Agencia Judicial encuentra que la misma no está llamada a prosperar; toda vez que no se trata de hechos nuevos que estén encaminados a desvirtuar la pretensión, por el contrario, lo alegado se ciñe únicamente a negar el derecho reclamado, por lo que no amerita un pronunciamiento distinto al que deberá realizarse al resolverse el fondo del asunto.

Respecto de la excepción ***"ineptitud de la demanda"*** encuentra este Despacho Judicial que la misma ya fue resuelta en audiencia inicial llevada a cabo el día 2 de marzo de 2017, visible a folio (141) del expediente.

Con respecto a la excepción de ***"falta de legitimación por pasiva"***, considera el Despacho que, si bien es cierto EL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO es una cuenta especial de la Nación, sin personería y con patrimonio



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

autónomo, es de anotar que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 dispone que "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente", por lo tanto es de advertir que la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la llamada a responder por dicha obligación, motivo por el cual se tendrá como no probada dicha excepción.

Respecto a la excepción denominada como "**prescripción de las mesadas**", el Despacho observa que por la naturaleza de su formulación, el estudio de la procedencia de la misma solo tiene razón de ser en el evento de encontrar procedente las suplicas de la demanda, motivo por el cual solo cumplida dicha condición se estudiara y se declarará si es procedente y si está acreditada, absteniéndose de efectuar un previo pronunciamiento sobre el particular.

### **2.3.- PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.**

El problema jurídico se contrae a determinar si en este caso hay lugar o no a declarar la nulidad de la resolución No. 4143.0.21.5915 del 31 de julio del 2014 mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una reliquidación de la pensión de jubilación a la demandante y si de prosperar la nulidad planteada por el apoderado de la parte demandante, habría lugar a título de restablecimiento a reliquidar la pensión de la misma en la cuantía del 75% del promedio del salario mensual devengado en el último año de servicios.

#### **Hechos probados.**

Con el objeto de resolver el problema expuesto, el Juzgado encuentra probados los siguientes hechos:

Que mediante Resolución No. 623 del 14 de abril de 2004, el Representante del Ministerio de Educación ante el Departamento del Valle del Cauca reconoció y ordeno el pago de la pensión Vitalicia de Jubilación a favor de la señora ANA MERCEDES PATIÑO ZULUAGA, en cuantía de \$1.404.460 a partir del 16 de octubre de 2003 (fls. 116 a 119)

Que mediante Resolución No. 4143.0.21.5915 del 31 de julio de 2014, el Secretario de Educación Municipal de Cali reliquidó la Pensión de Jubilación a favor de la señora ANA MERCEDES PATIÑO ZULUAGA, en cuantía de \$2.213.239 a partir del 5 de noviembre de 2013 (fls. 9).

Que según al acto de reconocimiento pensional, el actor nació el 15 de octubre de 1948 y adquirió el status de jubilado el 15 de octubre de 2003, fecha en la que se encontraba afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 4).



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

163

Está demostrado igualmente que en la reliquidación la pensión de jubilación de la demandante, la entidad accionada tuvo en cuenta los siguientes factores salariales: Asignación básica promedio, prima de navidad y prima vacacional (fls. 4).

Según certificado de salarios N°6022 visible a folio 12 y 13 del expediente, la docente Ana Mercedes Patiño Zuluaga devengó durante el año inmediatamente anterior al retiro del servicio los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de servicio, prima de antigüedad, prima de navidad y prima de vacaciones.

**Para resolver se considera:**

**Del régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.**

En orden a resolver el presente asunto, es preciso remitirse al régimen jurídico de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

Dentro de los estatutos que se han aplicado se encuentran:

La Ley 6 de 1945, sobre prestaciones oficiales, consagró:

*"Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:  
(...)*

*b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a ...".*

En principio esta ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que luego se extendió al territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968. Para los servidores territoriales fue subrogada por la Ley 33 de 1985.

En efecto, el Decreto Ley No. 3135 de 1968, disponía:

*"Art. 27 El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio" (Derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985).*

Tanto el Decreto Ley 3135 de 1968, como su reglamentario (Decreto 1848 de 1969), se expidió y aplicó para servidores de la Rama Ejecutiva Nacional del



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

Poder Público. Respecto de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6ª de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. Esta ley exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

El Decreto **Ley No. 2277 de 1979**, estatuto docente, indudablemente comprende un régimen "especial" de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, establece:

*"Art. 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.*

...

*Parágrafo. 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

*Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.*

*Par. 3º. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley."*

De tal suerte que la Ley 33 de 1985, rige desde el **13 de febrero de 1985**, fecha de su promulgación, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad.

De su aplicación se exceptúan tres casos:



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

1- ) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad.

3- ) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Con posterioridad a la Ley 33 de 1985 se expidió la Ley 91 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sobre el tema dispuso lo siguiente:

*"Art. 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

*Personal Nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

*Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*

*Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin en el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.*

*PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*

...

*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 1º 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**



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

**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.”.**

La Ley 60 de 1993, preceptuó en su artículo 6° que:

“... ”

*El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ...”*

A su vez, la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó:

**“Así mismo, se exceptúan 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...”.**

En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

La Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

*“Art. 115 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.”.*

Como puede observarse en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”. Tampoco lo hace la Ley 115 de 1994.

En efecto, la Ley 115 de 1994, ratificó el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones "generales" de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de "especiales".

## RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Este Despacho en materia de reliquidación pensional, opta por aplicar la línea Jurisprudencial expuesta por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en concordancia con lo dispuesto por el Consejo de Estado en sentencias de tutela del 15 de diciembre de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01334-01<sup>1</sup>, y del 10 de noviembre de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02225-01<sup>2</sup>, jurisprudencias que determinan que el régimen de transición que estableció el artículo 36 de la ley 100 de 1993, solo enmarca los requisitos de edad y tiempo laborado, pero el ingreso base de liquidación debe calcularse de conformidad con el artículo 21 ibídem, es decir con el promedio de lo cotizado por el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Ahora bien, en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, que al analizar el escenario jurídico aplicable a los docentes, en relación a lo factores que deben tenerse en cuenta para determinar el Ingreso Base de Liquidación (IBL) de las pensiones de jubilación de estos empleados públicos, aclaró que la ley 100 de 1993 en el artículo 279, excluyo de su ámbito de aplicación a las persona afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, por lo que estos funcionarios no son sujetos de aplicación del régimen de transición del artículo 36 *ibidem*. Se transcribe pues en extenso la posición del Tribunal de cierre en materia contenciosa administrativa, en sentencia de 23 de noviembre de 2017, Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02760-00(AC), Actor: Fanny Gamboa Calvache, Demandado: Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión - Consejero ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE:<sup>3</sup>

*"Por su parte, la Ley 100 de 1993, al circunscribir su campo de aplicación, dispuso que el sistema general de pensiones se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, salvo los casos previstos en su artículo 279<sup>4</sup>, entre las cuales se incluyó a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01334-01, Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social -UGPP. Demandados: Consejo de Estado Sección Segunda.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, sentencia de tutela de 10 de noviembre de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02225-01, Actor: Universidad Nacional de Colombia - Fondo Pensional, Demandados: Tribunal Administrativo de Antioquia.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE, sentencia de 23 de noviembre de 2017, Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02760-00(AC), Actor: Fanny Gamboa Calvache, Demandado: Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión Oral.

<sup>4</sup> "ARTICULO. 279.-Excepciones. 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 aquél 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



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

La mencionada excepción fue reafirmada por el Acto Legislativo 01 de 2005, que al efecto dispuso expresamente en el parágrafo transitorio 1º lo siguiente:

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".  
(...)

**Parágrafo transitorio 1º.** 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 esta. 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".

De la simple lectura de esa disposición en concordancia con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, resulta evidente que persiste la existencia de una regulación especial para el reconocimiento de los derechos pensionales de los docentes, tal como lo reconoció recientemente la Sala en los fallos del 10 de agosto de 2017<sup>5</sup> y 6 de septiembre del mismo año<sup>6</sup>.

Ahora bien, para determinar cuál es el régimen aplicable a este sector (docentes), resulta menester remitirnos al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, la cual reguló dos eventos:

- a) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley.
- b) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, quienes deben ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en el, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

De lo anterior se deduce que dependiendo del momento en el cual se haya vinculado el docente, se definirá el régimen pensional aplicable, por lo que si se trata de una persona vinculada con anterioridad a la entrada en vigencia de la

pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (Subrayado Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-461 de 1995)"

<sup>5</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-15-000-2017-00901-01. Actora: Magda Nydia Escudero García. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 6 de septiembre de 2017. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 11001-03-15-000-2017-01898-00



166

Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

Ley 812 de 2003, como ocurre en el presente caso<sup>7</sup>, se le respetará la aplicación de las leyes que venían regulando su situación.

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio". Al respecto, esta ley estableció en el artículo 15 lo siguiente:

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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".

Además, respecto a lo anterior es necesario tener en cuenta que con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general de pensiones estaba contemplado en la Ley 33 de 1985, la cual fue modificada en algunos apartes por la Ley 62 de 1985.

El inciso segundo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedarán sujetos a la regla general de pensiones, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial.

Ahora bien, por disposición del artículo 3° del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital, y Municipal, son empleados oficiales de régimen especial.

En ese sentido la especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros. Sin embargo, cabe mencionar que en materia de pensión ordinaria de jubilación los docentes no disfrutaban de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> La actora fue vinculada como docente el 20 de septiembre de 1985.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, - Subsección "B". Sentencia del 26 de julio de 2012. C.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Rad. 250002325000200900083 01.- "Ahora bien, por disposición del artículo 3° del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital, y Municipal, son empleados oficiales de régimen especial. La especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros. En efecto, los docentes oficiales han disfrutado de algunas prerrogativas, como la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5°), algunos gozan de la denominada pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), prestaciones que reiteran



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

*De conformidad con lo expuesto, la Sala arriba a la conclusión que el régimen de la pensión de jubilación aplicable a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, como sucede en el caso de la actora, corresponde a aquél previsto en la Ley 33 de 1985.<sup>9</sup>*

Acoge pues este Juzgado, la línea jurisprudencial que antecede, la cual concluye, que por mandato del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no es procedente liquidar a estos funcionario públicos su pensión de jubilación, de acuerdo al régimen de transición dispuesto en artículo 36 *ibídem*, sino que de conformidad con lo dispuesto en artículo 15 de la Ley 91 de 1989<sup>10</sup> y el artículo 81 de la Ley 812 de 2003<sup>11</sup>, el ingreso base de liquidación de los docentes dependerá del momento en que se vincularon a este servicio, es decir, las personas que ingresaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplicara el régimen establecido en la ley 33 y 62 de 1985, y los que ingresaron posteriormente se les liquidará la pensión de jubilación de acuerdo a la reglas de la ley 100 de 1993, vale decir que el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993 de ninguna manera podrá aplicarse para la liquidación de la pensiones de los decentes, indistintamente del momento a partir del cual se vinculan al servicio.

#### **Caso concreto:**

Conforme al análisis que antecede se tiene que la señora ANA MERCEDES PATIÑO ZULUAGA, fundamenta sus pretensiones, indicando que como docente tiene derecho a que se reliquide su mesada pensional, teniendo en cuenta los salarios y demás factores salariales devengados por él en el último año de servicios, es decir desde el 5 de noviembre de 2012 al 5 de noviembre de 2013.

Observa el Despacho, que dentro del expediente se encuentra probado que:

El demandante ostenta la calidad de docente nacionalizado (fl. 8).

---

*las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, artículo 279 y 115 de 1994, artículo 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.*

*No obstante lo anterior, en materia de pensión ordinaria de jubilación los docentes no disfrutaban de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad."*

<sup>9</sup> *Ver entre otras, la sentencia del Consejo de Estado - Sección Segunda, - Subsección "B". Sentencia del 26 de julio de 2012. C.P. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Rad. 250002325000200900083 01*

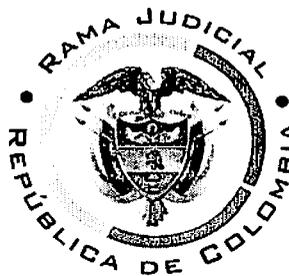
<sup>10</sup> *"Artículo 15º.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: Ver art. 6, Ley 60 de 1993*

*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. Ver Radicación 479 de 1992; Radicación 525 de 1993 Radicación 537 de 1993 Sala de Consulta y Servicio Civil*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley...."*

<sup>11</sup> *"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.*

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres..."*



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

Prestó sus servicios desde el 1 de diciembre de 1971 hasta el 05 de noviembre de 2013 (fl. 15).

Se le reconoció pensión de Jubilación mediante la Resolución No. 623 del 14 de abril de 2004 (fl.3 al 6).

Que durante el último año de servicios la parte demandante devengó como factores salariales: **Asignación básica, prima de servicio, prima de antigüedad, prima de navidad y prima de vacaciones docentes** según copia de certificado de factores salariales visible a folio 12 del expediente.

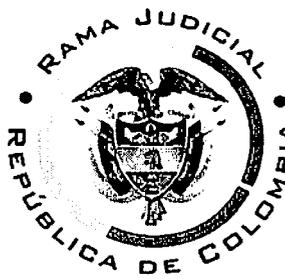
Se tiene entonces que la docente PATIÑO ZULUAGA, fue vinculada por la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca, el 1 de diciembre de 1971, es decir, que ingresó al servicio docente antes de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, por lo que de acuerdo con lo analizado anteriormente, el régimen pensional aplicable para el reconocimiento y reliquidación es la Ley 91 de 1989, la cual a su vez remite a la Ley 33 de 1985, en lo que concierne al reconocimiento de la pensión de jubilación.

Se aclara, que en este caso no resulta procedente aplicar el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que dicha ley no le es aplicable a los docentes en virtud de las excepciones consagradas en su artículo 279, por lo que como se dijo anteriormente al excluir de forma expresa a los docentes del campo de aplicación de la ley 100 de 1993, la norma aplicable entonces es la ley especial, es decir la Ley 91 de 1989 que a su vez remite a la Ley 33 y 62 de 1985.

No obstante lo anterior, se advierte que los factores devengados en el último año de prestación de servicios y que no le fueron tenidos en cuenta en la resolución mediante la cual se le reliquidó la pensión a la demandante son: la prima de antigüedad y la prima de servicios.

Estas primas son extralegales y fueron pagadas conforme a lo dispuesto en el Decreto 0216 de 1991, según el certificado de salarios con consecutivo No. 6022 visible a folio (12). Sobre el tema de las primas extralegales, el Despacho considera que se debe realizar un análisis con ocasión a varios pronunciamientos del H. Consejo de Estado sobre este asunto.

Se tiene, que **el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las entidades territoriales** en vigencia de la Constitución de 1991 siguió con los lineamientos que venía la anterior constitución Nacional de 1886, en cuanto a que la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos era del legislador, es decir el Congreso de la Republica, además 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 e igualmente, fijó la competencia para señalar el régimen prestacional



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

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, se indica en la Constitución Nacional actualmente vigente, que 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 vigente, 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 4º 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 <sup>7</sup> [...]»* (subrayado fuera del texto.)

Sobre este tema el H. Consejo de Estado en providencia del nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014) **Radicación número: 05001-23-31-000-2005-00351-01(0184-12), C.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, ha expresado lo siguiente:**

*“De las normas previamente transcritas, es posible deducir que la competencia en materia de prestaciones sociales de los empleados de las entidades territoriales, se encuentra radicada en cabeza del Presidente de la República<sup>12</sup>,*

<sup>12</sup> El cual expidió el Decreto 1919 de 2002.



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

168

de conformidad con los parámetros que estableció el legislador en la Ley 4 de 1992.

Por su parte, respecto del régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, el artículo 12 *ibídem* estableció que el Gobierno Nacional señalará el límite máximo de estos servidores, guardando las equivalencias con cargos similares del orden nacional, dicha determinación si bien incide en las facultades de las autoridades del orden territorial, por ningún motivo las cercena, pues dichas autoridades fijarán las escalas de remuneración, en tratándose de Asambleas y Concejos, y sus emolumentos, por los Gobernadores y Alcaldes.

De acuerdo con lo anterior, existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las mencionadas entidades, esto es: el Congreso de la República que señala los principios y parámetros que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional, para fijar los límites máximos en los salarios de estos servidores; en tanto que las Asambleas y los Concejos, fijarán las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, y los Gobernadores y Alcaldes, sus emolumentos, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las Asambleas y los Concejos, emolumentos que en ningún caso podrán desconocer los topes máximos que para el efecto fijó el Gobierno Nacional.

En efecto, los artículos 300 numeral 7 y 305 numeral 7 de la Carta Política consagran la facultad que tienen las Asambleas Departamentales y los Gobernadores, respectivamente, para determinar las escalas de remuneración a los empleos del orden territorial, atendiendo los topes fijados por el Gobierno Nacional, en los siguientes términos:

"Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

(...)

7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

(...)

Artículo 305. Son atribuciones del gobernador:

(...)

7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el



**Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali**

*respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado". (Se subraya)*

*Siendo así, la competencia para crear o suprimir un emolumento o factor prestacional o salarial no se encuentra radicada en las autoridades y corporaciones territoriales, pues a éstas les está permitido únicamente la determinación de la escala salarial y sus emolumentos dentro de la competencia concurrente que tienen con el Gobierno Nacional y el Congreso de la República."*

En el presente caso, la demandante pretende que se le reliquide su pensión de jubilación incluyéndole en ésta las prestaciones devengadas por ella, en el año en que adquirió el status pensional y que están contenidas en primer lugar, en el Decreto 0216 de 1991 el cual fija las prestaciones sociales y otros beneficios para los empleados públicos de la administración central.

Teniendo en cuenta lo dispuesto por la Constitución Nacional y lo referido por el H. Consejo de Estado, se puede señalar que el Municipio de Cali carecía de esa facultad, en la medida que no tenía competencia para crear emolumentos o factores prestacionales o salariales a favor del mismo.

Por tanto, si bien el demandante percibió las mencionadas primas en el 2012 y 2013, 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 Alcalde Municipal para su creación, la cual, proviene de la misma Constitución Política y a pesar de que el Decreto 0216 de 1991 no ha sido declarado nulo por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es procedente inaplicarlo al caso concreto por resultar inconstitucional.

### **Costas.**

Al respecto se advierte que en términos de lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.CA., el Despacho debe pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las norma del C.G.P. Sobre este particular, el Juzgado observa que si bien no existe prueba alguna de la causación de gastos procesales, es manifiesto que al menos la parte demandada incurrió en la contratación de un profesional del derecho para que promoviera la demanda y representara sus intereses en el proceso. Por ende, teniendo en cuenta que el concepto de costas incluye las agencias en derecho, que corresponden justamente a los gastos derivados del apoderamiento judicial que ocasiona un juicio, concluye el despacho que en el asunto sub examine hay lugar a imponer una condena en costas en contra de la parte demandante, pues fue vencida y está acreditado que la parte demandada incurrió en gastos por concepto de agencias en derecho; las cuales serán liquidadas por Secretaria del Despacho en términos del artículo 366 y demás normas concordantes y aplicables del C.G.P.



Juzgado Trece (13) Administrativo  
Oral del Circuito de Cali

### 3.- DECISIÓN.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, el **JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO.- NEGAR** las pretensiones de la demanda, por la razones expuestas en la consideraciones de esta providencia.

**SEGUNDO.- CONDENASE** en **COSTAS** a la parte demandante, en los términos expresado en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría efectúese el trámite previsto en el artículo 365 y siguientes del C.G.P.

**TERCERO.-** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte interesada los excedentes de los gastos ordinarios del proceso si a ello hubiere lugar, termínese el proceso, cancélese su radicación y archívese el expediente, previo las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

  
ADELA YRIASNY CASAS DUNLAP  
La Jueza

55  
10/09/2018  
73

NO Corre

55  
11/09/2018  
73