



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

SENTENCIA N° 99

Radicación: 76001-33-33-006-2016-00078-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
Demandante: ALBA MERY ABADÍA DE TORRES
Demandado: NACIÓN – MIN. EDUCACIÓN – FOMAG Y OTROS

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el despacho a proferir sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A, impetrado por la señora Alba Mery Abadía de Torres actuando a través de apoderado judicial en contra de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Santiago de Cali y Fiduprevisora S.A.

I. DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

Solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 4143.0.21.2821 del 17 de abril de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación Municipal de Cali niega la solicitud de ajuste de cesantías definitivas y el reconocimiento y pago de los factores salariales no tenidos en cuenta (Prima de servicio y prima de antigüedad) y la Resolución No. 4143.0.21.9158 del 22 de diciembre de 2015 a través de la cual se resuelve recurso de reposición en contra de la Resolución No. 4143.0.21.2821 del 17 de abril de 2015, confirmando la misma.

Conforme a lo anterior, reclama al despacho que declare que el demandante tiene derecho a que las entidades accionadas reconozcan y paguen todos los factores salariales no tenidos en cuenta en la liquidación de las cesantías definitivas a favor de la accionante como son la prima de servicio y prima de antigüedad.

Que lo adeudado se cancele debidamente indexado y se condene en costas a la entidad demandada conforme a lo estipulado en el artículo 188 del C.P.AC.A.

1.2 HECHOS

Relata que por medio del Decreto No. 1247 de septiembre 4 de 1973 la actora fue nombrada como docente en la Institución Educativa “Nuestra Señora de Loreto”.

Que la accionante en ejercicio de la docencia laboró para el municipio de Santiago de Cali durante 36 años y 3 meses, desde el 1° de octubre de 1973 hasta el 1° de enero de 2010, donde por medio de la Resolución No. 4143.21.10327 del 30 de noviembre de 2009 se le aceptó la renuncia definitiva del cargo a partir del 1° de enero de 2010.

Manifiesta que una vez radicada la documentación pertinente ante la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali y otorgado el visto bueno por parte de la Fiduprevisora, las cesantías le fueron reconocidas mediante Resolución No. 4143.3.21.2189 del 5 de abril de 2010, procediéndose a su pago.

Que en el momento de la liquidación y pago de las cesantías a la señora Abadía de Torres le fueron desconocidas los factores salariales de prima de servicios y prima de antigüedad, pese a que tales factores le venían siendo pagados y reconocidos por el municipio de Santiago de Cali.

Señala que la petición para reclamar el derecho a la reliquidación se realizó en la Secretaría de Educación Municipal la cual fue negada mediante la Resolución No. 4143.0.21.2821 del 17 de abril de 2015, el cual luego de ser recurrido, se profiere la Resolución No. 4143.0.21.9158 del 22 de diciembre de 2015 confirmando lo decidido.

1.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Constitución Política en los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 y 53.
- Ley 33 y Ley 62 de 1985
- Ley 60 de 1993
- Ley 115 de 1994
- Decreto 196 de 1995
- Decreto 2370 de 1997
- Ley 6 de 1945
- Ley 91 de 1989

Luego de realizar una cita de las Normas Constitucionales consideradas como violadas, expresa que dentro de los fines del Estado se encuentra garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, de tal modo no puede

darse en el presente caso una privación de sus derechos irrenunciables e indiscutibles por parte del mismo Estado.

En cuanto a la violación de la Ley, manifiesta que para el caso concreto debe acudir a lo regulado en el Decreto 1919 de 2002 al remitir al Decreto 1045 de 1978, así como el Decreto 2712 de 1999 en cuanto a factores para liquidar las cesantías de empleados del nivel territorial, además de referir expresamente como base del cálculo para liquidación el salario básico mensual, contempla al menos la prima de servicios como factor salarial; igualmente frente a lo normado en el Decreto 1045 de 1978, precisa que el artículo 45 establece que factores salariales deben tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de pensiones a los que tiene derecho empleados públicos y trabajadores oficiales, de donde se extraen, entre otros factores, los aquí reclamados.

1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN¹

Se ratifica en los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho presentados en la demanda, además indicó que en lo atinente a la prima de antigüedad, ésta es dada por la ley nacional y no es ilegal o extralegal como se pretende hacer ver, por cuanto afirma era ilegal cuando el municipio de Santiago de Cali la pagaba con recursos propios en virtud del Decreto 0216 de 1991.

II. DEFENSA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

2.1 FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.²

Refiere que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, consistente en un patrimonio autónomo sin personería jurídica, y que por tanto los recursos del FNPSM no forman parte del patrimonio de la sociedad Fiduciaria la Previsora S.A., como quiera que esta actúa como administradora de tales recursos en virtud de un contrato de fiducia mercantil celebrado con la Nación.

Reafirma que Fiduciaria la Previsora es una entidad de servicios financieros, cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias conforme la preceptiva legal que gobierna la materia, empero no es de su resorte el reconocimiento de derechos sociales de carácter prestacional, actuando solo en calidad de vocera y administradora del patrimonio

¹ Folios 203 y 204 del expediente

² Folios 80 a 84 del expediente.

autónomo FNPSM y en dicha calidad solo está obligada a pagar las prestaciones dentro del marco de la ley.

Igualmente señala que conforme lo establecido en el Decreto 2831 de 2005, son las Secretarías de Educación las competentes en primera instancia del trámite de las prestaciones económicas para los docentes ya que expiden, reciben, radican, suscriben el acto administrativo de reconocimiento y lo remiten a la sociedad fiduciaria para efectos del respectivo pago, luego la entidad competente para expedir un acto administrativo de reconocimiento de la prestación es la entidad territorial a cuya planta pertenece el docente.

Propone como única excepción *“falta de legitimación por pasiva”*

2.1.1 ALEGATOS³

Se ratifica en los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho presentados con la contestación de la demanda, agregando que hasta antes de la expedición del acto legislativo 01 de 1969, las autoridades territoriales tenían competencia de fijar prestaciones para sus empleados, no obstante con posterioridad a 1968 tal potestad recayó en cabeza del Congreso o legislador extraordinario; luego entonces, afirma la accionada, para seguir pagándose dicha prestación extralegal como base salarial a efectos de una liquidación definitiva de cesantías debe establecerse si efectivamente fue reconocida bajo el marco de competencias legales y constitucionales del ente territorial, de donde colige que la disposición que reconoció primas extralegales de servicio y antigüedad, entre otras, a los empleados del municipio de Cali, esto es el Decreto 0216 de 1991 se expidió con posterioridad al año 1968, de donde se concluye que el ente territorial no tenía competencia para hacerlo, y por tanto tales prestaciones no tienen fundamento legal ni constitucional.

2.2 MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI⁴

Se opuso a las pretensiones de la demanda.

Alegó que la Secretaría de Educación siempre ejerce sus funciones en cumplimiento de la Constitución Política y las leyes, por lo que en virtud de las normas que amparan a los docentes vinculados al servicio estatal, como es el caso del actor, la administración ha acatado lo dispuesto en la Ley 91 de 1989 y demás normas y decretos propios del régimen especial del Magisterio, de ahí que surgieran los actos administrativos acusados.

³ Folios 183 a 184 del expediente.

⁴ Folios 116 a 123 del expediente

Agrega que la liquidación de la pensión realizada al accionante fue reconocida y pagada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en vigencia del artículo 3° del Decreto 3752 de 2003, siendo además ello consecuente con lo direccionado por la Fiduprevisora S.A. en Circular No. 006 de septiembre 20 de 2007, relacionada con los factores salariales para la liquidación de pensiones de los docentes afiliados al precitado Fondo, tornándose evidente que es el Ministerio de Educación Nacional el competente para reconocer el derecho del accionante en el evento que ello sea viable, y no la Secretaría de Educación Municipal.

Indicó que la Secretaría de Educación Municipal no es la entidad pagadora, ésta solo cumple funciones administrativas de recepción y trámite, su función va hasta el proferimiento de actos administrativos de reconocimiento de prestaciones y el correspondiente envío a la sociedad Fiduprevisora S.A. para su pago.

Resaltó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta sin personería jurídica la cual es administrada por la Fiduprevisora S.A., a su turno, esta fiduciaria es una entidad totalmente independiente de la Secretaría de Educación Municipal, revisa y aprueba los actos administrativos de reconocimiento o negación de las prestaciones sociales expedidos por dicha Secretaría, así mismo se encarga de programar y realizar los pagos respectivos de los mismos.

Finalmente propuso las excepciones de mérito que denominó "*falta de Legitimación en la causa por pasiva*", "*cobro de lo no debido*", "*carencia del derecho*" y la "*Innominada*".

2.1.1 ALEGATOS⁵

Se ratifica en los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho presentados con la contestación de la demanda, haciendo énfasis en que el Alcalde de Santiago de Cali en el momento de la expedición del Decreto 0216 de 1991 -que sirvió de base para el reconocimiento de las primas que se solicitan sean tenidas en cuenta al momento de reliquidar las cesantías-, no tenía competencia o facultad para conceder tales prestaciones, por tanto solicita que se nieguen las pretensiones, habida cuenta que tales primas no pueden servir de base en la liquidación por ser ilegal el acto administrativo que las creó.

⁵⁵⁵ Folios 185 a 191 del expediente

2.3 NACIÓN – MIN. EDUCACIÓN – FOMAG⁶

En la contestación de la demanda la entidad se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y condenas solicitadas por la parte actora, manifestando frente a la solicitud de nulidad de los actos administrativos aquí acusados, que los mismos se encuentran ajustados a derecho, además que debe tenerse en cuenta que los docentes los cobija un régimen especial y diferente que es la Ley 91 de 1989 modificada por la Ley 812 de 2003, disposiciones que prevén una forma de liquidación especial de las cesantías del personal docente diferente a los demás servidores estatales.

Reitera que la Secretaría de Educación del ente territorial ante la cual se hizo la solicitud del reconocimiento y pago de dichos factores, obró de manera adecuada al negar la misma, ya que encontró improcedente la aplicación del Decreto 1045 de 1978 y 1919 de 2002 al caso en cuestión porque en estas disposiciones no se establecen las prestaciones reclamadas a favor del personal docente y a cargo de la entidad territorial de conformidad con la competencia que ha definido la ley en materia de la prestación del servicio público de la educación, demostrándose con ello, así lo señala, que de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia vigente no hay lugar a la inclusión de los factores salariales solicitados por la demandante y en consecuencia no hay lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

Finalmente propone como excepciones *“falta de legitimación por pasiva”* argumentando que el acto administrativo que se acusa no fue proferido por la entidad, y por ende no contiene la voluntad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sino de la Secretaría de educación de la entidad territorial; *“ineptitud de la demanda”* expresando que la parte demandante debió en principio ejercer la acción de nulidad contra el acto administrativo que reconoció la prestación objeto de inconformidad; igualmente manifiesta que opera la *“prescripción”* indicando que en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 las mesadas pensionales prescriben a los tres años e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley”* frente a la cual dispone que el reconocimiento de prestaciones y factores salariales debe efectuarse con base en el ordenamiento jurídico, por tanto aquellos que no fueron fijados por el Gobierno Nacional no pueden ser reconocidos ahora.

⁶ Folios 100 a 109 del expediente

2.3.1 ALEGATOS⁷

Soporta estos en el mismo documento que para tal efecto presentó en calidad también de apoderada judicial de Fiduprevisora y que como tal se encuentra ya detallado en el acápite de alegatos de esta última⁸.

2.4. MINISTERIO PÚBLICO⁹.

Tras realizar una breve descripción de los hechos que expuso la accionante, confrontados con el acervo probatorio compilado a lo largo del presente trámite, la Procuradora 58 Judicial I concluyó que se debe negar las pretensiones de la demanda en cuanto es ostensible la incompatibilidad entre los mandatos superiores y los actos municipales creadores de las primas de servicio y de antigüedad, en atención al desbordamiento de la competencia asignada al alcalde municipal quien pese a no estar facultado para crear dichos rubros, así los contempló mediante el Decreto 0216 de 1991¹⁰.

III. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

3.1 PROBLEMA JURÍDICO

El medio de control denominado Nulidad y Restablecimiento del Derecho se encuentra consagrado en el artículo 138 del CPACA, a través de él toda persona que considere que con la expedición de un acto administrativo se le ha lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, puede pedir que se declare su nulidad y se le restablezca en su derecho, e incluso solicitar que se le repare el daño.

Con base en la fijación del litigio dispuesto en Audiencia inicial, corresponde al despacho determinar si en el presente caso es viable declarar la nulidad de la Resolución No. 4143.0.21.2821 del 17 de abril de 2015, mediante la cual la Secretaría de Educación Municipal de Cali niega la solicitud de ajuste de cesantías definitivas y el reconocimiento y pago de los factores salariales no tenidos en cuenta (Prima de servicio y prima de antigüedad) y la Resolución No. 4143.0.21.9158 del 22 de diciembre de 2015 a través de la cual resuelve recurso de reposición en contra de la Resolución No. 4143.0.21.2821 del 17 de abril de 2015, confirmando la misma; y si en consecuencia es procedente ordenar la reliquidación de las cesantías definitivas de la accionante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio a la fecha de su retiro.

⁷ Folios 183 a 184 del expediente.

⁸ Fl. 218. Constancia Secretarial del 14 de marzo de 2017 que evidencia la no presentación de alegatos por parte de las accionadas.

⁹ Folios 192 a 202 del expediente.

¹⁰ Fl. 218. Constancia Secretarial del 14 de marzo de 2017 que evidencia el no pronunciamiento del Ministerio Público.

3.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema planteado el despacho analizará los siguientes tópicos: i) Las cesantías, ii) Régimen de Cesantías de los servidores públicos afiliados al magisterio y iii) Antecedente jurisprudencial sobre la inclusión de factores extralegales en la liquidación de prestaciones, y iv) el caso en concreto.

Previo a ello, el Despacho analizará las excepciones propuestas por la entidad demandada.

EXCEPCIONES

Frente a las excepciones interpuestas por las entidades demandadas denominadas "*falta de legitimación en la causa por pasiva*" e "*inepta demanda*", cabe manifestar que estas fueron declaradas infundadas en audiencia Inicial del 14 de marzo de 2017¹¹.

En cuanto a la excepción denominada "*innominada*", manifiesta el despacho que no encuentra ninguna que deba declarar de oficio; en relación con la excepción de "*prescripción*", esta será resuelta en la sentencia, en caso de encontrar prosperas las pretensiones, de denegarse estas se declarará infundada.

Las demás excepciones propuestas, están dirigidas a que se niegue el derecho reclamado bajo argumentos que serán analizados en el fondo del asunto.-

CUESTIÓN PREVIA

Debe indicar el Despacho que en el presente caso no es posible decretar la caducidad de la acción, como ocurre en otros eventos cuando ha existido un primer acto administrativo que reconoció las cesantías y el beneficiario no lo impugna oportunamente ante la jurisdicción contenciosa administrativa sino que procede, una vez vencido el plazo establecido en el artículo 164 de CPACA, a solicitar nuevamente a la entidad la reliquidación de su prestación y está a través de acto administrativo niega tal reconocimiento, ante lo cual el interesado acude a la jurisdicción a solicitar la declaratoria de nulidad de este último acto administrativo, por cuanto los factores que se solicitan sirvan de base en la reliquidación pensional le fueron reconocidos a la accionante con posterioridad a que le fue liquidada la cesantías definitivas; por lo cual, se considera al momento en que le fue notificado el primer acto administrativo de reconocimiento de la prestación le era imposible solicitar la inclusión de estos factores.

¹¹ Fl. 167 a 168 del expediente; folio 162 disco compacto contentivo de dicha audiencia.

Téngase en cuenta que las cesantías definitivas le fueron reconocidas por medio de la Resolución No. 4143.3.21-2189 del 5 de abril de 2010 notificada el 16 de abril de 2010¹², en virtud de retiro del servicio que ocurrió el 1 de enero de 2010, y las primas con base en las cuales se solicita la reliquidación de las cesantías le fueron reconocidas de forma retroactiva por medio de la Resolución No. 4143.0.21.8788 del 19 de noviembre de 2013 notificada el 5 de diciembre de 2013¹³.

3.3 TOPICOS A DESARROLLAR

i) LAS CESANTÍAS

El H. Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la naturaleza de las cesantías y ha dispuesto que:

“(…) La cesantía es una prestación social creada a cargo del empleador y a favor del trabajador, es una figura jurídica con clara orientación social en el desarrollo de las relaciones obrero patronales, pues busca retribuir la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de actividades definitivo.

Bajo el entendido que dicha carga prestacional corresponde a la entidad a la cual el trabajador prestó sus servicios, es deber de la entidad empleadora, en este caso la Universidad del Magdalena, asumir el total de la prestación liquidada, pues es clara la importancia del principio que postula el pago de lo debido para asegurar el adecuado funcionamiento de la vida social (...)”¹⁴.

El artículo 17 de la Ley 6 de 1945 “*Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo*” definió el concepto de cesantías como una prestación que gozarían los trabajadores, la cual sería cancelada a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio.

Inicialmente las cesantías se reconocían de manera retroactiva al momento del retiro y eran canceladas con el monto del último salario devengado.

La Ley 65 de 1946 “*Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras*” reglamentó el tema de las cesantías a favor de los servidores públicos, bajo los siguientes términos:

¹² Fl. 7-10 c.u.

¹³ Fl. 173-178 c.u.

¹⁴ C.E. Sentencia del 06 de marzo del 2008, C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Actor: MARCOS ANTONIO CARVAJALINO SANCHEZ, Rad. 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06)

“Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo.- Extiéndase este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley

El Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 “Sobre auxilio de cesantía”, en su artículo 6 dispuso que el pago de las cesantías para los servidores públicos, se haría tomando el último salario o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor a doce (12) meses; así mismo indicó que en la liquidación debería tenerse en cuenta todas los rubros que el trabajador reciba de forma habitual y permanente como contribución al servicio prestado.

Con posterioridad se han promulgado normas que han dispuesto el desmonte de las cesantías retroactivas, para el caso de los docentes públicos se expidió la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG y dispuso que dicha entidad sería la encargada de pagar las cesantías de los docentes.

ii) DEL REGIMEN DE CESANTIAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS AFILIADOS AL FOMAG

La Ley 91 de 29 de diciembre de 1989¹⁵ distinguió entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, en la siguiente forma:

“Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. **Personal nacional.** Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
2. **Personal nacionalizado.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.
3. **Personal territorial.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975”.

Y en el parágrafo del artículo 2 *ibídem* se advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley:

“Parágrafo - Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de

¹⁵ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En similar sentido, acerca del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, el artículo 15 dispuso:

“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:

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley”¹⁶.

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3º de este mismo artículo señaló:

“3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”¹⁷.

De lo anterior se deduce que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

¹⁶ Se subraya.

¹⁷ Destacado por la Sala.

Y específicamente (i) en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y (ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplica un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En cuanto a los factores base de la liquidación de las cesantías tenemos que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 señala cuales son, así:

Artículo 45º.- *De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a) *La asignación básica mensual;*
- b) *Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) *Los dominicales y feriados;*
- d) *Las horas extras;*
- e) *Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) *La prima de navidad;*
- g) *La bonificación por servicios prestados;*
- h) *La prima de servicios;*
- i) *Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j) *Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k) *La prima de vacaciones;*
- l) *El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll) *Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.*

Por su parte el artículo 2 del Decreto 2712 de 199 también reguló los factores base de la liquidación, en los siguientes términos:

Artículo 2º.- *Factores Salariales para la Liquidación de Cesantía. Para la liquidación del auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial, se tendrán en cuenta los siguientes factores salariales, siempre y cuando hayan sido autorizados mediante norma de carácter legal:*

- a. *Asignación básica mensual;*
- b. *Gastos de representación;*
- c. *Prima técnica, cuando constituye factor de salario;*
- d. *Dominicales y feriados;*
- e. *Horas extras;*
- f. *Auxilio de alimentación y transporte;*
- g. *Prima de navidad;*
- h. *Bonificación por servicios prestados;*
- i. *Prima de servicios;*
- j. *Viáticos que reciban los empleados públicos y trabajadores oficiales, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- k. *Prima de vacaciones;*

I. Valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

iii) ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL

El Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante sentencia del 13 de febrero de 2014, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12), analizó lo relativo a la inclusión de factores extralegales en la base de liquidación pensional, concluyendo que para poder que tales sirvan de base en la liquidación debe establecerse que aquella efectivamente haya sido reconocida bajo el marco de competencias legales y constitucionales del ente territorial lo cual se mantuvo solo hasta el año 1968; por tanto solo podrá ser parte del IBL si la disposición territorial que creó la prima que se pide sea tenida en cuenta en la reliquidación fue expedida con anterioridad al año 1968 y el empleado que la devenga se vinculó al servicio de la entidad con anterioridad a tal fecha, en caso contrario, si el acto territorial creador de la prestación es posterior al año 1968, se entenderá que el mismo fue expedido con ausencia de competencia para ello y no podrá convalidarse tal irregularidad incluyendo el mismo en la liquidación pensional respectiva, en igual sentido no podrá servir de base la prestación si el empleado se vinculó con posterioridad al año 1968 pese a que la prima haya sido creada con anterioridad a dicha fecha.

Este criterio ha sido reiterado en otras providencias como la proferida el 30 de marzo de 2017 con ponencia del Dr. William Hernández Gómez proceso adelantado por el señor Oscar Hernando Duque Hoyos en contra de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Si bien tales providencias hacen referencia a la liquidación de las pensiones, considera esta instancia que tal precedente es aplicable al caso que nos ocupa, pues se solicita que en la base de la liquidación de las cesantías se tenga en cuenta unas primas extralegales devengadas por la actora en el último año de servicio.

iv) CASO CONCRETO.

DE LO PROBADO.

La demandante se vinculó inicialmente con el Departamento del Valle del Cauca en el cargo de docente el 13 de noviembre de 1973, posteriormente fue vinculada con el municipio de Santiago de Cali, siendo de aquellos docentes que la Ley 91 de 1989 definió como nacionalizados (Fl. 17-19 c.ú.).

A la actora le fue aceptada la renuncia al cargo de docente por medio de la Resolución No. 4143.21.10327 del 30 de noviembre de 2009 con efectos a partir del 1 de enero de 2010 (Fl. 22 c.ú.).

Por medio de la Resolución N° 4143.3.21.2189 del 5 de abril de 2010 notificada el 16 del mismo mes y año, la Secretaría de Educación Municipal de Cali atendió de manera favorable la solicitud elevada por la señora Alba Mery Abadía de Torres el 11 de febrero de 2010 radicada bajo el número 2010-ces-02465, y en tal sentido ordenó el pago de cesantías definitivas en favor de la accionante por un valor de \$104.691.486,00 pesos, incluyéndose como factores salariales que sirvieron de base para la liquidación la asignación básica mensual, el sobresueldo nacional, la prima de navidad y la prima de vacación Decreto 1381/97. (Véase a folios 7 a 10)

Con posterioridad al retiro del servicio a la accionante le fue reconocida por los años 2008 y 2009 las primas extralegales de servicios y de antigüedad teniendo como base para tal reconocimiento el Decreto Municipal 0216 de 1991, por medio de la Resolución No. 4143.0.21.8788 del 19 de noviembre de 2013 notificada el 5 de diciembre de 2013¹⁸.

Teniendo en cuenta el formato único para la expedición de certificados de salarios –visible a folios 18 a 19, la demandante en el último año de servicios anterior al status de pensionada además de los factores que fueron reconocidos en la liquidación de la mesada pensional devengó también los factores extralegales denominados prima de servicios y prima de antigüedad.

Que la accionante mediante solicitud radicada con el No. 2015-Ces-06867 del 18 de marzo de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de factores salariales no incluidos en la Resolución No. 4143.3.21.2189 del 5 de abril de 2010 cesantías definitivas, petición que le fuera negada mediante la Resolución No. 4143.0.21.2821 del 17 de abril del 2015 (folios 11 a 13) en atención al concepto emitido por la Fiduprevisora S.A., al señalar que la prima de servicios y de antigüedad no son factores de liquidación de prestaciones de los docentes; contra esta decisión se elevó recurso de reposición, mismo que fuera resuelto mediante la Resolución No. 4143.0.21.9158 del 22 de diciembre del 2015, confirmando el acto administrativo. (Folios 14 a 16).

ANALISIS DEL CASO

Conforme se expuso en precedencia, se observa que la orden de pago de cesantía definitiva le fue reconocida a la demandante tomando como factores base de liquidación

¹⁸ Fl. 172-178 c.u.

la asignación básica mensual, sobresueldo nacional, prima de navidad y prima de vacaciones¹⁹.

Ahora bien, de la certificación obrante a folios 18 y 19 13 y el contenido de la Resolución N° 4143.0.21.8788 del 14 de noviembre de 2013 a través de la cual se ordena el reconocimiento y pago en favor del demandante de la prima de servicios y prima de antigüedad (folio 172), es evidente para esta instancia judicial que además de los factores salariales efectivamente tenidos en cuenta para el reconocimiento de su cesantía definitiva, la demandante devengó los dos factores extralegales en cita, con fundamento en el Decreto 0216 de 1991.

Frente a tal circunstancia, el Despacho debe indicar que en atención a la jurisprudencia en cita, esto es, la fechada 13 de febrero de 2014²⁰, no es posible para esta instancia judicial ordenar el reajuste de la cesantía definitiva de la demandante por inclusión de factores extralegales devengados en el último año de servicios, lo anterior teniendo en cuenta que:

Si bien, tanto en el Decreto 1045 de 1978 como en el Decreto 2712 de 1999 la prima de servicios debe ser base en la liquidación de las cesantías, no es menos cierto que para que esto ocurra tales deben haber sido percibido de forma legal.

El Decreto 0216 de 1991, norma que sirvió de base para el pago de las primas de antigüedad y de servicios, cuando fue expedido por el Alcalde del Municipio de Santiago de Cali éste no tenía competencia para reconocer dichas primas extralegales a la accionante, ya que para ese momento la competencia para ello radicaba en cabeza del Congreso y por delegación del Presidente de la República y por tanto, dichas primas no deben incluirse en la base de la liquidación de la referida prestación porque su creación se dio por fuera del marco legal de competencias.

Recuérdese que la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos después del año 1968, tanto en vigencia 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 ni a las entidades territoriales.

En virtud de lo anterior, al evidenciar que la liquidación de las cesantías definitivas de la actora se realizó teniendo como base los factores legales que percibió durante el último

¹⁹ Fls. 7 a 9 del expediente

²⁰ Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12)

año de servicio, se concluye que los actos administrativos que negaron la pretensión se encuentran ajustados a derecho.

Lo anterior impone la negativa de las pretensiones esgrimidas por la parte actora, al no existir razones de hecho o de derecho que den lugar a la reliquidación de cesantías pretendida y al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados.

COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con lo previsto en el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012 -CGP, se condenará a la parte demandante al pago de costas a favor de la parte demandada, por haber sido vencida en juicio. Una vez en firme esta providencia por Secretaría liquídense teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 366 del CGP.

Sin más consideraciones, el Juzgado Sexto Administrativo Oral De Cali, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte actora y a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Santiago de Cali y Fiduprevisora S.A., a prorrata.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación por secretaría siguiendo las pautas establecidas en el artículo 366 de la Ley 1564 de 2012, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ZULAY GAMACHO CALERO
JUEZ