

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 208

Santiago de Cali, diciembre 12 de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación	76-001-33 33-005-2016-00164-00
Demandante	Deyanira Payan Orobio
Demandado	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social.

Juez CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderada judicial, por la señora Deyanira Payan Orobio en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP-.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en las **Resoluciones No. RDP 006210 de febrero 15 de 2016, No. RDP 015892 de abril 15 de 2016 y No. RDP 016824 de abril 26 de 2016**, mediante los cuales la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social negó el reajuste de la pensión gracia de la demandante con inclusión de nuevos factores salariales y resolvió de forma negativa unos recursos de reposición y de apelación respectivamente.

1.2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y ordenar el pago de la pensión gracia, incluyendo como base de liquidación el promedio de todos los factores salariales devengados por la demandante en el año anterior a la fecha del status de dicha pensión.

1.3. Que la sentencia que ponga fin al proceso sea actualizada de conformidad con lo previsto en los artículos 189 y 192 del CPACA.

1.4. Que se condene costas a la parte demandada.

2. HECHOS

2.1. La demandante, señora Deyanira Payan Orobio, es docente del Municipio de Santiago de Cali y nació en noviembre 08 de 1958, por lo que en la actualidad tiene más de 50 años de edad.

2.2. Como docente de carácter municipal, y al cumplir los requisitos para ello, a la demandante le fue reconocida una pensión gracia mediante Resolución No. PAP 000321 de agosto 10 de 2009, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social Liquidada, tomando como base de su liquidación únicamente la asignación básica mensual, la prima de vacaciones, la prima de navidad y las horas extras y dejando de incluir la prima de servicios y prima de antigüedad, las cuales constituyen factores devengados por la demandante y por ello debieron ser incluidos en la respectiva liquidación pensional.

2.3. En octubre 13 de 2015, la parte demandante elevó petición ante la demandada, solicitando la reliquidación de su pensión en los términos aquí pretendidos, no obstante, mediante los actos administrativos demandados, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social negó la aludida reliquidación pensional.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera violados los artículos 2, 25, 53 y 53 de la Constitución Política; así como las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933, 4ª de 1966, 33 de 1985 y el Decreto 1743 de 1943.

La apoderada de la parte actora realiza un minucioso estudio de los preceptos antes mencionados, para concluir que al momento de realizar la liquidación de la pensión, se desconoció los postulados al no liquidarla incluyendo todos los factores salariales a que tiene derecho su representada.

Menciona que a la demandante se le debe aplicar la Ley 4ª de 1966 y, por ende, la jurisprudencia del Consejo de Estado que establece que los factores salariales deben ser enunciativos y no exclusivos o taxativos.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social manifiesta, que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, dado que en el acto administrativo que se le reconoció la pensión gracia a la demandante se liquidó según las normas vigentes al momento de causarse el derecho, es decir se liquidó incluyendo todos los factores salariales devengados en el año de servicio anterior a la adquisición del status jurídico, que comprende el periodo de noviembre 09 de 2007 a noviembre 08 de 2008.

Informa que los factores salariales fueron: asignación básica, horas extras, prima de navidad y prima de vacaciones, factores que fueron certificados por la Secretaria de Educación Municipal de Santiago de Cali.

Aduce que la pensión gracia es de carácter especial, que se otorga a los maestros de escuelas primaria y docente de entidades territoriales oficiales de acuerdo con la Ley 114 de 1913, que dispone que dicha pensión se adquiere cuando el docente cumple 20 años de servicios y 50 años de edad, la cual se liquida con el 75% del salario promedio del año anterior al cumplimiento de dichos requisitos.

Agrega que los factores salariales correspondientes a los meses de enero y noviembre y las primas, se liquidan de forma proporcional y en consecuencia no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Propuso como excepciones a resolver en esta providencia: las de (i) inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, (ii) ausencia de vicios en los actos administrativos demandados y (iii) prescripción.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante

La apoderada judicial de la parte actora manifiesta que se ratifica en todo lo expuesto en su escrito de demanda y solicitase acceda a las pretensiones planteadas en la misma.

5.2. Entidad demandada.

La apoderada se ratifica en lo plasmado en la contestación de la demanda. Finalmente solicita que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la parte actora.

5.3. Ministerio Público: El Agente del Ministerio Público no rindió concepto sobre el particular.

6. CONSIDERACIONES

6.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES DE MERITO:

Por confundirse con el fondo del asunto, los medios exceptivos propuestos por la apoderada de la entidad demandada serán resueltos en el desarrollo de la presente providencia, sin ser necesaria su individualización.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar si procede el reajuste de la pensión gracia de la demandante, incluyendo en su ingreso base de liquidación, el 75% de lo devengado durante el año anterior a la fecha adquisición del status de pensión, incluyendo por dicho concepto la prima de servicios y de antigüedad, reconocidas por el Municipio de Santiago de Cali.

6.3. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

(i) Referir precedentes jurisprudenciales sobre las normativa aplicable a la pensión gracia y los factores que se deben tener en cuenta para su liquidación;

- (ii) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (iii) Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el derecho reclamado.

1.1.1. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NORMATIVA APLICABLE A LA PENSION GRACIA Y LOS FACTORES QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA PARA SU LIQUIDACIÓN

El Consejo de Estado ha reiterado que la pensión gracia que se concede a los docentes conforme las leyes 114 de 1913 y 37 de 1933, no puede liquidarse con base en el valor de los aportes durante el año anterior a su causación, en aplicación del inciso 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, toda vez que ésta pensión, a pesar de estar a cargo del Tesoro Nacional, está sujeta a un régimen especial que no requiere afiliación del beneficiario a la Caja Nacional de Previsión Social, ni hacer aportes para el efecto, veamos:¹

“Como se ha dicho, la Ley 114 de 1913 otorga a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplan los requisitos consagrados en el artículo 4º una pensión nacional por servicios prestados a los departamentos y a los municipios; a su vez, las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, previo el cumplimiento de los requisitos prescritos en la Ley 114 de 1913, extendieron esta prerrogativa a otros empleos docentes haciendo posible computar para este efecto los años laborados en la enseñanza secundaria y normalista.

“Lo primero que se concluye es que la pensión gracia no se reconoce atendiendo los aportes efectuados a la entidad de previsión sino que es una prestación con cargo al tesoro público, pues se trata - como se dijo en el texto legal - de una pensión nacional, lo que resulta reafirmado por el Decreto 81 de 1976 mediante el cual se transfirió a la Caja Nacional de Previsión Social el pago de esta prestación, determinando que ésta entidad asumiría las funciones de la Sección de Pensiones de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entre otras, la del pago de las pensiones del personal que adquirió o adquiriera el derecho estando al servicio del magisterio de primaria.

“Lo anterior resulta aún más claro si se atiende lo prescrito por la Ley 91 de 1989 artículo 15 - numeral 2º -, que determinó:

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

“La Caja Nacional de Previsión Social no reconoce, entonces, la pensión por los aportes a ella sufragados, sino que hace las veces de pagadora de la prestación, pero nada más, pues simplemente se le transfirió dicha función.

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A", Consejero ponente: ALFONDO VARGAS RINCÓN, Sentencia de 26 de septiembre de 2012, Radicación número: 05001-23-31-000-2004-07186-01(2376-11)25000-23-25-000-2004-07365-01(0589-08), Actor: CARMEN MARINA RAMÍREZ GÓMEZ, Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL.

“De otra parte, esta pensión no se rige por las Leyes 33 y 62 de 1985, sencillamente porque la “gracia”, no es una pensión ordinaria, sino especial y fue excluida de esta reglamentación por determinación específica del legislador al tenor del artículo 1º inciso 2º de la Ley 33 de 1985.

“Es cierto que las pensiones especiales deben regularse por las normas aplicables a ellas y en el caso de la pensión gracia, al tenor de la Ley 114 de 1913 artículo 2º, se liquidaba atendiendo la mitad del sueldo que hubiere devengado el docente durante los dos últimos años de servicios y en caso de que ellos hubieran sido distintos, se tenía en cuenta su promedio; posteriormente la Ley 4ª de 1966, sin hacer excepción alguna a diferencia de lo que sucedió con la Ley 33 de 1985, precisó en su artículo 4º:

“A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y se pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”

“Esta ley, como se expresó, no excluyó ninguna pensión de las percibidas por los servidores oficiales, fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966 y allí se dijo que para liquidar la pensión se tomaría como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios. Es decir que se precisó a cuál promedio mensual se refería la Ley 4ª de 1966.

“Como se ha reiterado en diferentes ocasiones, la Ley 65 de 1946 definió el salario o sueldo no solo como la asignación básica fijada por la ley sino como todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

*“En consecuencia, cuando se trata de liquidar la pensión gracia debe tenerse en cuenta todo lo percibido **por el beneficiario durante el último año de servicios inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos**, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no se haya efectuado aportes a la Caja de Previsión”.*

De acuerdo con el anterior aparte jurisprudencial la liquidación de la pensión gracia debe incluir todos los factores salariales devengados por el docente en el año anterior a adquirir el estatus de pensionado, conforme al artículo 4 de la Ley 4 de 1966 y el artículo 5 del Decreto 1743 de 1996, en cuantía del 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, entendiendo como salario la totalidad de los ingresos que recibe el trabajador por sus servicios.

6.3.1. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

6.3.1.1. Mediante Resolución No. PAP 000321 de agosto 10 de 2009, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social EICE Liquidada, se reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia en favor de la demandante por haber adquirido su status pensional en noviembre 08 de 2008, fecha en que cumplió los 50 años de edad. El parámetro de la liquidación de la pensión, fue el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio, tomándose como factores salariales: la asignación básica, horas extras, prima navidad y prima de vacaciones².

6.3.1.2. Mediante Resolución No. 4143.0.21.3803 de abril 29 de 2011, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, se reconoció y ordenó el pago de unas prestaciones extralegales establecidas en el Decreto 0216

² Folios 33-35 del cuaderno único.

de 1991 en favor de la demandante: prima de servicios y prima de antigüedad, las cuales fueron reconocidas con retroactividad al año 2007 hasta el año 2010³.

6.3.1.3. A folios 42 a 43 del expediente, reposa certificado de salarios devengados por la señora Deyanira Payan Orobio durante los años 2007 y 2008, expedidos por la Secretaria de Educación Municipal de Cali, de la cual se extrae que durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, esto es, noviembre 08 de 2007 a noviembre 08 de 2008, la demandante devengó factores salariales tales como: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones docentes, horas extras, prima de servicios y prima de antigüedad⁴.

6.3.1.4. Por escrito radicado en octubre 13 de 2015, la demandante solicitó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, la reliquidación de su pensión con inclusión de las primas extralegales pagadas por el Municipio de Cali⁵; petición que fue resuelta negativamente a través de los actos administrativos demandados⁶.

7. EL CASO CONCRETO

Aplicando todo lo anterior al caso concreto, se precisa que conforme a lo probado en el proceso, la demandante, señora Deyanira Payan Orobio, en su condición de docente adquirió su derecho a obtener la pensión gracia de conformidad con los dispuesto en los artículos 1, 3 y 3 de la Ley 114 de 1913, Ley 4ª de 1966 régimen que le era aplicable por reunido los requisitos.

En esa medida, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado arriba mencionada, la entidad demandada tenía que liquidar la pensión gracia de la demandante con el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional, esto es, entre noviembre 08 de 2007 y noviembre 08 de 2008.

Así las cosas, como bien se indicó anteriormente, a folios 42 a 43 del expediente reposa certificación salarial expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali de la que se extrae que en el año anterior a la adquisición del status pensional, la demandante percibió los siguientes factores:

³ Folios 48-50 del cuaderno único.

⁴ Folios 42-43 ibídem.

⁵ Petición visible a folios 22-25 ibídem.

⁶ Petición visible a folios 9 a 21 ibídem.

- asignación básica,
- prima de navidad,
- prima de vacaciones,
- prima de antigüedad
- prima de servicios y
- horas extras.

Al analizar el acto de reconocimiento pensional⁷, se puede observar que los factores incluidos para su liquidación prestacional fueron: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones y horas extras, devengada en el año anterior a la adquisición del status pensional; factores a los que se les aplicó una tasa de remplazo equivalente al 75%.

Posteriormente, la parte actora solicita la reliquidación de su pensión con inclusión de los factores extralegales denominados prima de servicios y antigüedad que no fueron tenidas en cuenta, petición que fue negada a través de los actos que aquí se censuran.

En conclusión, la liquidación pensional del la demandante no tuvo en cuenta como factores, la prima de servicios y de antigüedad que efectivamente fueron devengadas por ésta; sobre el particular es menester indicar que por obvias razones al momento de liquidar la pensión gracia de la demandante no se le podía incluir la prima de servicios y de antigüedad, lo anterior si en cuanta se tiene que tales primas le fueron reconocidas a la demandante mediante la Resolución No. 4143.0.21.3803 de abril 29 de 2011, con retroactividad al año 2007, es decir dichas primas se reconocieron 2 años después de haberse reconocido la pensión gracia, no obstante, quedo acreditado que la parte demandante en octubre 13 de 2015 le solicitó a la entidad demandada la revisión de su pensión gracia con el fin que le incluyeran la prima de servicios y de antigüedad en la base de liquidación.

Así las cosas, con relación a las prementadas primas, que efectivamente fueron devengadas por la actora en el año anterior a la adquisición del status pensional, es del caso mencionar que fueron reconocidas al mismo por el Municipio de Santiago de Cali como prestaciones extralegales, según consta en la Resolución No. 4143.0.21.3803 de abril 29 de 2011 y en las consideraciones de los actos administrativos enjuiciados.

⁷ Folios 33 a 35.

A su vez, es del caso mencionar, que dichas primas fueron creadas por el mismo Ente Territorial mediante el Decreto 0216 del 18 de febrero de 1991⁸, que entró en vigencia el 1 de enero de 1991, según lo indica su artículo 60.

Lo anterior quiere decir que el mencionado Decreto a pesar de ser expedido por una autoridad territorial, crea derechos prestacionales. Debe además indicarse que el mismo cobró vigencia con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991⁹.

Ahora bien, en un caso similar al presente, el Consejo de Estado analizó la posibilidad de incluir en la liquidación pensional de la demandante los factores extralegales reconocidos mediante acto administrativo territorial por la Alcaldía de Bogotá, en vigencia de la Constitución Política de 1886 correspondientes a: prima de navidad extralegal, prima de antigüedad vacaciones, prima de alto riesgo visual, quinquenio y prima de calor, determinando que su inclusión en la pensión era improcedente por tratarse de factores cuya creación se dio por fuera del marco legal y constitucional de competencias. Así, la referida Corporación dispuso¹⁰:

“Pues bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con derechos salariales creados mediante actos expedidos por autoridades del orden territorial¹¹ con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Recién expedida la Constitución Política de 1886 y aún con las reformas contenidas en los actos legislativos de 1910 y 1945, los entes territoriales tenían una potestad para la fijación de los sueldos de sus empleados¹², mas no respecto al régimen prestacional de los mismos.

Posteriormente el Acto Legislativo No. 1 de 1968, estableció que las escalas de remuneración debían ser establecidas por el Congreso a nivel nacional, por las Asambleas a nivel Departamental y por los Concejos en el orden local¹³ y señaló en el artículo 76 numeral 9, que el régimen prestacional de los empleados del orden nacional, era de competencia única y exclusiva del Congreso.

La Constitución de 1991, estableció en su artículo 150 que al Congreso le corresponde dictar las normas generales para que el Gobierno fije el régimen prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, así como el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

⁸ El decreto 0216 de 1991 puede ser consultado en la página web de la Alcaldía de Santiago de Cali: www.cali.gov.co

⁹ Expedida el 6 de julio de 1991.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, C.P. ALFONSO VARGAS RINCON. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12).

¹¹ Sección Segunda, Sentencia de 27 de octubre de 2011, expediente No. 1313-08, Actor: Manuel Isidro Sánchez Guerrero, Demandado: Hospital San Rafael de Pacho –Cundinamarca.

¹² En sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado, expediente 250002325000200408852 01 (1313-2008), actor Manuel Isidro Sánchez Guerrero. Claramente se señaló que con la expedición de la Constitución de 1886 y las reformas contenidas de los años 1910 y 1945 los entes territoriales tenían una potestad amplia para la fijación de los sueldos de sus empleados departamentales, potestad que incluía la de crear factores o elementos de salario. A partir de la reforma de 1968 es evidente que hubo una reforma sustancial, de manera que las competencias de los órganos de dirección de los entes territoriales se limitó a la potestad de determinar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo.

¹³ Artículo 127. Son atribuciones de los Concejos, que ejercer conforme a la Ley, las siguientes: “3. determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias, y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos.

Es decir que ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991, la fijación del régimen prestacional ha sido competencia de las entidades territoriales, pues ha sido del resorte del Congreso o el Legislador extraordinario.

En lo que se refiere a la fijación de sueldos, antes del año 1968 las entidades territoriales tenían una potestad amplia, ahora, con la Constitución de 1991 existe una competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Asambleas y Concejos, Gobernadores y Alcaldes, que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

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

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

En ese orden de ideas, se tiene que como la prima de alto riesgo visual, fue creada con posterioridad a la reforma de 1968, cuando el Concejo Municipal ya no tenía esta potestad amplia para el efecto, no puede validarse su inclusión para que haga parte de la base de liquidación de la pensión de jubilación de la actora, así como los conceptos de prima de navidad extralegal, las primas de antigüedad, vacaciones y calor, pues estas fueron establecidas y pactadas en la convención colectiva de la Caja de Previsión Social.(...)

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

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

De lo anterior se extrae que hasta antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968, las autoridades territoriales tenían la potestad de fijar sueldos o factores salariales para sus empleados, sin embargo, con posterioridad a tal año esta potestad quedó en cabeza del Congreso o el legislador extraordinario, situación que se mantuvo en vigencia de las Constituciones Políticas de 1886 y 1991.

Ahora, válido es aclarar que en materia prestacional aquellas autoridades nunca han tenido competencia para crear algún tipo de prestación social, pues ni en vigencia de la Constitución de 1886, ni en la Constitución de 1991 se les confirió tal facultad.

Así, para determinar si un factor salarial extralegal reconocido por una entidad territorial puede o no ser incluido como factor salarial en la liquidación pensional, debe establecerse si aquél efectivamente fue reconocido bajo el marco de

competencias legales y constitucionales del ente territorial, el cual se repite, se mantuvo solo hasta el año 1968.

En los anteriores términos solo podrá incluirse dicho emolumento en la liquidación pensional si la disposición territorial que lo creó fue expedida con anterioridad al año 1968 y el empleado que la devenga se vinculó al servicio de la entidad con anterioridad a tal fecha, pues de lo contrario, si el acto territorial creador de la prestación es posterior al año 1968, se entenderá que el mismo fue expedido con ausencia de competencia para ello y no podrá convalidarse tal irregularidad incluyendo el factor salarial en la liquidación pensional respectiva.

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

Teniendo en cuenta lo anterior, y analizando el caso concreto, tenemos que la disposición territorial que creó las primas extralegales de servicio y antigüedad devengadas por el demandante, valga decir, el Decreto 0216 del 18 de febrero 1991, fue expedida con posterioridad al año 1968, esto es, en vigencia de la Constitución Política de 1886 y por ende, sin tener competencia el Municipio de Santiago de Cali para ello, ya que la misma radicaba en cabeza del Congreso o del legislador extraordinario, razón por la cual no tendría sentido, ni se ajustaría a la lógica de lo razonable, que si en esa materia, no tienen competencia autoridades territoriales, dada la prevalencia del principio de unidad nacional, dichos factores salariales extralegales, contrarios al ordenamiento jurídico, pudieran tener incidencia en la determinación de otras prestaciones, como la pensión, validando situaciones que son claramente inconstitucionales desde su origen.

Además, se debe tener en cuenta que no es dable invocar derechos adquiridos con prerrogativas cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal, razón suficiente para concluir que las primas de servicio y antigüedad devengadas por la demandante no pueden ser incluidas en su liquidación pensional.

De suerte que, la presunción de legalidad de los actos administrativos impugnados permaneció incólume, no siendo posible efectuar su nulidad, en atención a que los factores de prima de servicio y antigüedad devengados por la demandante y cuya

inclusión se pretende en la respectiva liquidación pensional, son de origen extralegal y reconocidos por el Municipio de Santiago de Cali sin poseer competencia para ello, siendo necesario entonces negar las pretensiones de la demanda.

8. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.¹⁴, entre otras cosas, establece que:

“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”.

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación¹⁵:

*“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)**” (Se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENAS EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a

¹⁴ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

"(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito 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, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de esta sentencia.

TERCERO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez