



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.
RADICADO:	70-001-33-33-008-2015-00204-01.
DEMANDANTE:	MARGELIS MARÍA SALGADO SANCHÉZ.
DEMANDADO:	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 30 de octubre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

La señora **MARGELIS MARIASALGADO SANCHEZ** por conducto de apoderado judicial formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, **solicitando** que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0031 del 12 de diciembre de 2005, la cual reconoció y ordena el pago de una sustitución pensional de jubilación post mortem a la accionante, en calidad de cónyuge.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demanda a reliquidar la sustitución de la pensión

¹ Fol. 1-6 C. Primera Instancia.

de jubilación post mortem reconocida a la actora, incluyendo todos los factores salariales que por ley le correspondían al causante, tales como: prima de navidad, prima vacacional, prima semestral, prima de alimentación, prima de antigüedad, sobresueldo, horas extras y los demás conceptos dejados de cancelar durante el año inmediatamente anterior a la causación de este derecho.

Asimismo, pide que la condena impuesta sea indexada conforme al índice de precios al consumidor según lo establecido en el artículo 187 de la ley 1437 y se condene en costas y gastos a la entidad demandada.

Por último, pretende que la sentencia que se profiera en la presente demanda, ordene el pago de agencias en derecho, gastos y costas procesales a los demandados, si estos llegaren a causarle.

Como **fundamentos fácticos**, en la demanda se relató que, el señor FELIPE Santiago Paredes Benítez, cónyuge de la actora, fue docente y laboró en planteles oficiales como docente nacionalizado por más de 20 años continuos, sin cumplir la edad cronológica para tener derecho a la pensión, al momento de su fallecimiento, se encontraba afiliado al FOMAG, razón por la que los beneficiarios tienen derecho al reconocimiento y sustitución pensional de la pensión de jubilación del post mortem.

La actora en calidad de cónyuge sobreviviente, radicó el día 3 de julio de 2013, ante la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo, el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, el derecho a la pensión post mortem le fue reconocido mediante la resolución No. 0031 de 12 de diciembre de 2005, pero que en dicha resolución no se incluyeron todos los factores salariales que por Ley le corresponden, tales como las primas de: navidad, alimentación, semestral y la de antigüedad, sobresueldo, horas extras y demás emolumentos.

En las **normas violadas y concepto de violación**, se expresó que se vulneró la ley 91 de 1989, art.15, por cuanto la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional, la asignación básica, gastos de representación, prima técnica, prima de antigüedad, prima ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en

días de descanso obligatorio. Esto es para el personal docente nacional y nacionalizado y que se vincule con posterioridad al primero de enero de 1990.

De igual forma, se manifestó que se reconoció sustitución de pensión de jubilación de la accionante de acuerdo a la normatividad de la ley 33 de 1985, por lo que se hace indispensable la aplicación de los factores salariales señalados en el art. 1 de la ley 62 de 1985, debiendo en consecuencia reconocer, además de la asignación básica mensual, todos los factores que constituyen salario, entendido, como las sumas que periódicamente recibe el servidor como retribución de sus servicios.

Arguye, que de igual manera se viola el artículo 4 de la ley 4ta de 1976, la cual estipula que las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidaran y pagaran tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicio.

Así mismo, el acto acusado contraviene la previsión del artículo 2 literal A de la ley 4 de 1992, la cual hace referencia que para la fijación del régimen salarial y prestacional, el Gobierno debe tener en cuenta, el respeto de los derechos adquiridos de los servidores del estado, tanto en el régimen general y en el especial, en ningún caso se podrá desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

Por último, manifiesta que el acto acusado viola los artículos 29, 48 y 53 de la constitución nacional, violando así, el derecho al debido proceso, la garantía de la irrenunciabilidad a la seguridad social y por último la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.

1.2 ACTUACION PROCESAL

- La demanda fue presentada el 10 de septiembre de 2015 (folio 06 C. principal)
- Admitida el 19 de noviembre de 2015 (folio 24 C. Principal).
- Notificación a las partes el 02 de febrero de 2016 (folios 27 -31 C. Principal).
- La audiencia inicial se celebró el 07 de octubre de 2016, donde se prescindió del término probatorio y se dictó sentido de la sentencia de primera instancia. (folio 47-50 C. Principal).

- El 10 de octubre de 2016 se profirió sentencia escrita (folios 89-106 C. Ppal.) siendo apelada por la parte demandada el 18 de octubre de 2016 (Folios 117-132 C. Ppal).
- El 23 de noviembre de 2016 se realizó audiencia de conciliación del inciso cuarto del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, la cual fue declarada fallida por ausencia de ánimo conciliatorio, en la misma actuación en la cual se dictó auto concediendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La demandada no contestó la demanda.

1.4 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA APELADA².

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, dictó sentencia el 10 de octubre de 2016, declarando la nulidad parcial de la Resolución enjuiciada y condenando a la parte demandada a reliquidar la pensión post mortem reconocida al señor FELIPE SANTIAGO PAREDES BENÍTEZ, a partir del 21 de abril de 2005, con la inclusión de todos los elementos salariales legales, devengados por el último año de servicio, estos son: asignación básica mensual, prima de alimentación, prima vacacional y prima de navidad.

El *A-quo* expuso que de acuerdo al material probatorio arrimado al plenario el juzgado considera que las pretensiones de la demanda encontraran prosperidad, como quiera que, la actora tiene derecho a que el FOMAG reliquide su pensión de sobreviviente, en cuantía del 75% , teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por su cónyuge, el señor Felipe Santiago Paredes Benítez, durante el último año de servicio, a quien le era aplicable el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional para cuando se vinculó al magisterio, este es, el contenido de la ley 33 de 1985.

1.5 EL RECURSO DE APELACIÓN³

EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO inconforme con la sentencia de primera instancia presentó recurso de apelación solicitando que se revoque la decisión de primera

² Fols. 89-106 C. Ppal.

³ Fls. 117-132 C. Ppal.

instancia, porque no se ajusta a derecho y no es viable conforme a la ley que se reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación la demandante; toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral, citando los siguientes Decretos: Decretos 451 de 1984; Decreto ley 1042 de 1978; ley 91 de 1989.

Señaló que se hace necesario resaltar las normas que regulan lo correspondiente a primas, y lo hace de la siguiente manera, el **Decreto 451 de 1984** excluye de manera expresa la aplicación del mismo al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. Artículo 4º, las normas de este decreto no se aplicaran. **b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.** Por su parte el decreto ley 1042 de 1978 indica además que en materia de régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, se ha establecido un régimen especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ellos ejercen, el cual se encuentra previsto en la ley 91 de 1989, ley 60 de 1993, ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002 y decreto ley 1042 de 1978, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos.

El artículo 104 del mencionado decreto ley, hace referencia a las excepciones a la aplicación de este decreto y se establece lo siguiente en su literal **b). Al personal docente de los distintos órganos de la rama ejecutiva.** Este literal fue declarado exequible por la Corte Constitucional 565 de 1997.

Indicó que la prima de servicios para el personal docente y directivo docente: 1) no ha sido creada por la ley 91 de 1989. Cuando la norma habla de continuar, hace referencia a aquellos casos en que fueron otorgadas con fundamento de normativa previa ,2) la ley 91 de 1989 en sus parágrafo segundo, hace una mezcla entre las normas que otorgan prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salario, por lo que, de lo anteriormente expuesto bien puede deducirse que las asignaciones allí relacionadas son meramente enunciativas(las del parágrafo segundo del artículo 15) y hace referencia a las denominadas prestaciones especiales a cargo del empleador, cuando hay derecho a ellas y han sido creadas por ley; sin que pueda afirmarse que la prima de servicios ha sido creada por la ley 91 de 1989 a favor de los docentes estatales, dado que dicha norma sólo hace alusión a aquello que obligatoriamente son afiliados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio;3) en cumplimiento a lo señalado en el artículo 10º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el sentido del deber de aplicación uniforme de las normas a situaciones que tengan los mismos supuestos actores; solo podría asumirse el reconocimiento de dichas primas con cargo a la Nación y en virtud de la nacionalización de la educación, en aquellos casos en que la prima de servicios les hubiese sido otorgada en disposiciones anteriores a la expedición de la ley 91 de 1989, en aplicación al principio establecido en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia sobre derechos adquiridos, teniendo en cuenta el pronunciamiento que sobre el particular hizo el Consejo de Estado para los funcionarios administrativos mediante concepto 2012 del 19 de abril de 2010.

1.6. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.

En auto del 3 de abril de 2017 se admitió el recurso de apelación. Posteriormente en providencia del 16 de mayo 2017 por considerar innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, se dispuso correr traslado para que las partes por un término de 10 días para que presentaran alegatos por escrito y concepto del Ministerio Público⁴.

En la etapa de alegatos, se pronuncian ambas partes, la parte demandada en escrito visible a folios 15 a 20 del cuaderno de segunda instancia, señalando que la normatividad que invoca la actora como fundamento de su pretensiones inaplicable a su caso particular, pues de conformidad con la Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985 la pensión se debe liquidar sobre aquellos factores sobre los cuales se realizaron aportes, los cuales para los docentes vienen dados por Decreto 2341 de 2003 reglamentario de la Ley 812 de 2003 que remite al Decreto 1158 de 1994, dentro de los cuales para los educadores solo se incluye la asignación básica mensual y las horas extras.

La parte demandante, reafirmó los argumentos expuestos en la demanda introductoria referidos a la normatividad infringida con la expedición de la resolución No 0031 de diciembre 12 de 2005.

⁴ Folios 15- 23 del cuaderno de segunda instancia. Asimismo, constancia Secretarial a folio 25.

El representante del **Ministerio Público** ante esta Corporación no emitió concepto⁵.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1 LA COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para resolver en segunda instancia el recurso de apelación según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A de la Ley 1437 de 2011.

2.2 ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se demandó la nulidad parcial de la Resolución No. 0031 del 12 de diciembre de 2005 por medio de la cual se reconoció la sustitución pensional de jubilación post mortem a la señora MARGELIS MARIA SALGADO SANCHEZ, la cual fue expedida por la Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO.

En aras de establecer la prosperidad del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, debe el Tribunal establecer, si *¿le asiste derecho a la señora **MARGELIS MARÍA SALGADO SÁNCHEZ**, a obtener la reliquidación de la sustitución de la pensión de jubilación post mortem, que como cónyuge sobreviviente le fue reconocida a través de la Resolución 0031 del 12 de diciembre de 2005, con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el señor FELIPE SANTIAGO PAREDES BENITEZ (QEPD), durante el año inmediatamente anterior la causación del derecho?*

I. DE LA PENSIÓN POST MORTEN DOCENTES.

El Decreto 224 de 1972, por el cual se dictaron normas especiales relacionadas con el ramo docente, en su artículo 7º previó la siguiente prestación:

“Artículo 7º.- En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación

⁵ Nota Secretarial Folio 25 cuaderno de segunda instancia

mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte ~~mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años.~~"⁶

Como se puede advertir, la norma en cita establece como prestación económica la posibilidad de un reconocimiento pensional habilitado por la muerte del docente que haya cumplido 18 años de servicios, a favor del cónyuge supérstite y de los hijos menores de todo docente fallecido, en cuantía equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba al momento de su muerte⁷.

El H. Consejo de Estado al respecto ha señalado:

"Si bien se ha afirmado en reiteradas ocasiones la inexistencia de un régimen especial en materia pensional para los docentes y la observancia de las reglas contenidas al respecto dentro de la Ley 91 de 1989 que remiten a la aplicación para los docentes nacionales y nacionalizados de las normas generales vigentes antes de su expedición para los pensionados del sector público, debe advertirse que los docentes gozan de especialidad en la regulación normativa de algunos derechos prestacionales como la pensión gracia y la pensión que por virtud del Decreto 224 de 1972 se consagró para el cónyuge e hijos menores del docente fallecido, cuando éste último no lograba alcanzar el tiempo mínimo de vinculación y cotización al Sistema para acceder a la pensión de jubilación o para habilitar una pensión sustitutiva para sus beneficiarios.

Así, el régimen especial que ampara a los beneficiarios de los docentes fallecidos previsto en el Decreto 224 de 1972, consagra el derecho a la *pensión post mortem* pero sólo cuando los profesores hubiesen laborado en planteles oficiales durante un periodo mínimo de 18 años continuos o discontinuos, caso en el cual se habilita para el cónyuge y los hijos menores, el derecho a una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo desempeñado por el docente al tiempo de su fallecimiento, sin el límite temporal que inicialmente se le dio a dicha prestación, por la derogatoria tácita que surgió al respecto con la expedición de la Ley 33 de 1973"⁸

Ahora bien, como quiera que en este caso, se reconoció una pensión de jubilación post mortem con 20 años de servicios, habilitado por muerte, la cual fue sustituida mediante Resolución No. 0031 de 12 de diciembre de 2005, la actora considera que se debe reliquidar la pensión reconocida por cuanto solo tuvo en consideración como

⁶ Apartes tachados derogados tácitamente por virtud de los dispuesto en los artículos 1, 2, 4 de la Ley 33 de 1973. Corte Constitucional. Sentencia C-480 de 1998

⁷ Sobre las diferencias entre la pensión post mortem y la pensión de sobrevivientes, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en sentencia del 26 de mayo de 2016, radicado 19001233100020030002401 (17492010). C. P. Gabriel Valbuena, señaló que aunque la pensión *post mortem* y la de sobrevivientes comparten la misma naturaleza y previsión, existe una diferencia manifiesta entre ellas, que se evidencia en que para tener derecho a la primera el Decreto 224 de 1972 determina como requisito la prestación del servicio por parte del docente por más de 18 años. Y para acceder a la segunda, la Ley 100 de 1993 exige tan sólo 26 semanas de cotización (antes de la reforma por la Ley 797 de 2003).

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicación número: 68001-23-15-000-2005-01238-01(1259-09). Sentencia del 29 de abril de 2010

factor de salario, la asignación básica mensual, dejando por fuera factores salariales devengados por el docente causante de la prestación, como son prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, prima de antigüedad, razón por lo cual, es necesario entrar a determinar que factores se deben considerar para reconocer la pensión de jubilación de un docente, que luego es sustituida.

Ello habida cuenta que como el docente causante, superó los 20 años de servicios la liquidación de la mesada, la pensión será el equivalente al 75% del promedio salarial devengado el último año de servicio.

II. LOS FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR LA MESADA PENSIONAL. DOCENTES QUE INGRESARON AL SERVICIO ANTES DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 812 DE 2003.

Recuérdese, que en virtud de la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, respecto a prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen que venía aplicándoseles en la respectiva entidad territorial, de acuerdo a las normas vigentes, esto es, Ley 33 de 1985; asimismo, tanto para nacionales y nacionalizados que se hayan vinculado a partir del 1 de enero de 1981 y para quienes se nombren a partir del 1 de enero de 1990, se reconocerá una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y gozaran del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

Por su parte, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 reitera la aplicación de la normativa vigente anterior relacionada con la regulación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, al señalar:

“ARTÍCULO 81. 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”

En esa línea, el régimen pensional aplicable a los docentes de carácter oficial, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, habrá de determinarse con relación a la fecha de vinculación al servicio de la educación, más no teniendo como referencia la adquisición del estatus.

Como quiera que el generador de la pensión, ingresó al servicio educativo estatal, antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, su situación pensional queda regulada por las normas anteriores a la vigencia de dicha Ley.

Ahora, frente al tema factores salariales, que es en donde estriba el desacuerdo real de las partes en contienda, debe esta Sala precisar, que ha sido reiterado y consistente el precedente judicial del H. Consejo de Estado, cuando establece que la entidad gestora debe tener como tales, todos aquellos que han sido devengados por el pensionado, cuando se encontraba en servicio activo, con la salvedad que sobre aquellos que no se hizo aporte al sistema, se puede realizar el respectivo descuento.

Recordemos que la actora, persigue la reliquidación de su derecho, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y que su reconocimiento pensional, y como se indicó en líneas anteriores, el Consejo de Estado, ha sido unánime en señalar que los factores salariales mencionados en la ley 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978, no son taxativos sino meramente enunciativos, de tal suerte, que la liquidación de la pensión de jubilación, se debe efectuar con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la ley 62 de 1985 o sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social.

Ello, en virtud del principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social y de favorabilidad en la aplicación de las normas laborales, dentro de las cuales se cuenta las normas sobre seguridad social en pensiones.

En efecto, en sentencia de unificación jurisprudencial del 4 de agosto de 2010 y que este Despacho en el presente proveído acoge en su integridad dado, el imperativo de atenerse al precedente judicial dictado por la Sala Plena de la Sección II de nuestro máximo órgano colegiado, se señaló:

"Sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia

los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. Den la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, **se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.** (Negrillas fuera del texto)

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.”⁹

⁹ Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena, expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila

Y, al resolver un caso de supuesto fácticos similares al que nos convoca, esto es, reliquidación de pensión de docentes por no inclusión de factores salariales, la Sección Segunda Subsección B, en proveído del 27 de enero de 2011, acogió la tesis expuesta por la Sala Plena y, concluyó que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de los docentes, todos aquellos factores que constituyan salario. Expuso la Subsección¹⁰:

“El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 estableció los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes con el siguiente tenor literal:

“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- Asignación básica
- Gastos de representación
- Prima técnica
- Dominicales y feriados
- Horas extras
- Bonificación por servicios prestados

- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidará sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

En relación con la inclusión de los factores para efectos de fijar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa por las siguientes razones:

¹⁰ Sentencia del 27 de enero de 2011, expediente No. 08001-23-31-000-2007-00112-01(0045-09). C. de E. Sección II Subsección B. CP. Bertha Lucia Ramírez.

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó¹¹:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación..".
..."

Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el año anterior al que adquirió el status pensional, esto es el primero de julio de 2004"

Frente a la aplicación de la tesis expuesta y que este Tribunal acoge, en sentencia del 17 de marzo de 2017, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, se reitera en su precedente judicial frente al tema de factores salariales de pensiones que se reconocen con fundamento en la Ley 33 de 1985, señalando:

'De lo relatado anteriormente, se vislumbra sin hesitación alguna que el ingreso (salario) base de liquidación en materia pensional se debe efectuar sobre lo realmente devengado, y también una de las obligaciones, es cotizar durante la vida laboral y hacer los correspondientes descuentos sobre todo lo que constituye salario o ingreso. Se reitera salario es: todas las sumas que **habitual y periódicamente** recibe el empleado como retribución por sus servicios, se debe cotizar sobre lo realmente percibo y liquidar las prestaciones sociales sobre todo lo devengado.

Así, la omisión del empleador al efectuar los descuentos, no puede afectar el derecho pensional, de la parte más débil de la relación laboral, pues es su obligación hacerlo, sobre el salario realmente devengado, como ha quedado establecido; de esa manera contribuir no sólo con la efectividad de los derechos fundamentales del pensionado, en condiciones dignas, sino con el equilibrio de las finanzas públicas y el bienestar general.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el fallo apelado es evidente que A-quo hizo una interpretación favorable y armoniosa de los fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables, habida cuenta que si bien ordenó incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión del demandante, los valores correspondientes al subsidio de alimentación, viáticos, prima de servicios de junio, prima de servicios de diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones, factores

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref. Expediente No. (0208-2007). Nota de la cita.

acreditados en el proceso como realmente devengados en el último año de servicios, por el titular del derecho, también ordenó efectuar los correspondientes descuentos sobre los mismos en caso de que se hubiere omitido. Lo anterior resulta coherente con la tesis dominante que sentó esta corporación y que plasmó en la sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010¹² y subsiguientes.

Por lo esbozado, la Sala no comparte el argumento del apelante en el sentido que la sentencia del A-quo, desconoce la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional, no solo por lo anotado en precedencia, sino también, porque si bien es cierto la sentencia en mención y otras como la SU-230-15 y T-615-16, pretende romper la tesis dominante en esta jurisdicción, no lo es menos que en la sentencia del 17 de febrero de 2017¹³ esta Corporación reiteró la tesis sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 y concluyó que la tesis de la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con la sentencia SU-530-15 y T-615-16, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, pero que de aplicarse de tajo a todos los regímenes generales, es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad y compromete los derechos fundamentales del pensionado.

En esa oportunidad, esta Corporación, detectó, además, que en realidad de verdad el problema trasciende a la mera interpretación de los componente del régimen de transición, y de los régimen pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993; pues es estructural, radica en la noción de salario y la tendencia de adoptar como política pública una posición restrictiva del mismo con el argumento de la estabilidad de las finanzas estatales, lo que no es nuevo, sino que remonta a los años ochenta.

Adicionalmente, esta Corporación en sentencia del 26 de noviembre de 2016¹⁴, extendió, los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en el proceso radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009). En esa oportunidad, expresamente reafirmó de manera categórica que «cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho». Igualmente, expuso las razones por las cuales, la particular interpretación de la sentencia C-230-15, no obliga a las demás Cortes de Cierre”¹⁵

Así, acorde con la línea jurisprudencial vigente para liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, se tiene que, la pensión de jubilación se debe reconocer en porcentaje o con una tasa de remplazo del 75% sobre todas las sumas que constituyan salario devengadas en el año anterior a que se adquirió el estatus pensional, siendo claros en señalar que sobre aquellos elementos salariales sobre

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Radicado. 2006-07509 (0112-2009), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹³ Radicado: 250002342000201301541 01 C.P. César Palomino Cortés-

¹⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO Sección Segunda Subsección B. Expediente No. 68001-23-31-000-2011-00949-01(2237-14) Actor: ARNULFO CHAPARRO MARCHÁN. C. P. César Palomino Cortés

los cuales no se realizaron aportes, dichos valores podrán ser descontados por la entidad gestora.

III. CASO CONCRETO.

Recapitulando, la parte actora pretende la reliquidación de la sustitución la pensión de jubilación post mortem, porque en la misma no fueron incluidos todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus de pensionado, tales como prima de navidad, prima de vacaciones, prima semestral, prima de alimentación, prima de antigüedad, sobresueldo y horas extras.

Bajo las premisas sentadas por esta Sala previamente y una vez revisado el expediente, la sentencia objeto de apelación, deberá ser confirmada por las siguientes razones:

Está probado que el señor **FELIPE SANTIAGO PAREDES BENÍTEZ**, fue docente nacionalizado por más de 20 años continuos, falleció antes de cumplir la edad cronológica, a la fecha de su fallecimiento se encontraba afiliado al FOMAG (folio 9 a 11).

De igual forma, se puede constatar que la señora MARGELIS MARÍA SALGADO SÁNCHEZ es beneficiaria de la sustitución de la pensión de jubilación post mortem, del señor FELIPE SANTIAGO PAREDES BENÍTEZ y como tal fue reconocida por el FNPSM (folio 10)

Teniendo en cuenta que la fecha de ingreso al servicio educativo del señor FELIPE SANTIAGO PAREDES BENÍTEZ (QEPD) fue anterior a la expedición de la LEY 812 DE 2003, acorde con la línea jurisprudencial vigente, para liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes que se sustituyó, la mesada pensional se debió reconocer en porcentaje o con una tasa de remplazo del 75% sobre todas las sumas que constituyan salario devengadas en el año anterior a que se adquirió el estatus pensional, siendo claros en señalar que sobre aquellos elementos salariales sobre los cuales no se realizaron aportes, dichos valores podrán ser descontados por la entidad gestora.

De conformidad con el certificado de salarios obrante a folio 12 C. Ppal, en el año anterior al reconocimiento pensional, el causante devengó como factores salariales,

la asignación básica mensual, prima vacacional, prima de navidad y prima de alimentación.

Confrontado la anterior documental con el acto demandado (Resolución no. 0031 del 12 de diciembre de 2005), se aprecia que la entidad demandada al reconocer y liquidar la pensión de jubilación, solo tomó como factor la asignación básica mensual, no siendo incluidos, la prima vacacional, prima de navidad y la prima de alimentación, los cuales como se apreció en las premisas jurisprudenciales y normativas debieron ser considerados como elementos para determinar el monto de la pensión del demandante.

En ese orden, esta Corporación considera que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en su calidad de entidad demandada en este proceso, transgredió las normas superiores citadas, entre ellas, los artículos 29, 48 y 53 superiores, por inadecuada aplicación, tal como se desprende del texto mismo del acto administrativo demandado, por lo que habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia objeto de impugnación.

IV. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante, a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia apelada, esto es la proferida el 10 de octubre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo. Por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante. En firme la presente providencia, por el *A quo*,

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 120.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA