



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
-Sala Tercera de Decisión-

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 70-001-33-33-001-2016-00146-01
DEMANDANTE: ESTEBAN MANUEL PÉREZ POLO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y por el demandante, contra la sentencia proferida el 6 de julio de 2017, dentro de la audiencia inicial, por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo Sucre, en la que se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

a. La demanda.

El señor ESTEBAN MANUEL PÉREZ POLO, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO , solicitando la nulidad absoluta del Acto Ficto o Presunto, surgido del silencio administrativo, de la petición radicada en fecha 23 de

septiembre de 2015, por medio de la cual se solicitó "El ajuste de una Pensión Jubilación con la inclusión de todos los Factores Salariales"

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó. (i) que se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARIA MUNICIPAL DE SINCELEJO, le reconozca y pague el reajuste o reliquidación de la pensión de jubilación a partir del 07 de octubre de 2014, fecha en que adquirió el derecho de pensionado, teniendo en cuenta la Prima de Navidad - Prima de Antigüedad - Prima de Servicios y Horas Extras, devengada durante el año status.(ii) Se ordene, como Restablecimiento del Derecho, la reliquidación de la pensión Ordinaria de Jubilación de mi mandante, teniendo en cuenta la Prima de Navidad - Prima de Antigüedad - Prima de Servicios v Horas Extras, como Factores Salariales, al momento de la liquidación de la Pensión en comento, prestación que habitualmente ha sido devengada por mi poderdante. (iii) Que se condene al pago de los intereses moratorios propios del Art. 336 del Código Civil y la indexación a que haya lugar, así como al reconocimiento y pago de los intereses comerciales generados durante los primeros seis meses contadas a partir de la ejecutoria del Acto Administrativo que revisó la Pensión de jubilación de mi poderdante. (iv) Se ordene a la entidad demandada que sobre las sumas canceladas mediante la Resolución No. 0565 del 05 de enero de 2015. (Mediante la cual se reconoció la pensión), se le reconozca, liquiden y paguen los reajustes consagrados en la Ley 71 de 1988. (v) Que se condene al pago de la Indexación a que haya lugar, así como al Reconocimiento y Pago de los Intereses que correspondan, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1437 de 2011. (vi) Que se Condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo que se profiera en el presente proceso, de acuerdo con los arts. 192 y S.s. del C.P.A.C.A. (vii)

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del art. 171 del Nuevo C.P.A. y de lo C.A.

Como **supuestos fácticos**, se afirmó que:

Que ha prestado sus servicios a la Educación Pública Oficial por más de veinte años y al cumplir los requisitos de edad y tiempo exigidos por la Ley, la SECRETARIA DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, profirió la Resolución No. 0565 del 05 de enero de 2015, en la cual reconoció y pagó la pensión ordinaria de jubilación.

Sostiene que, la demandada, al momento de determinar la cuantía de la pensión de jubilación en la Resolución de reconocimiento, no incluyó la Prima de Navidad - Prima de Antigüedad - Prima de Servicios y Horas Extras, a que tiene derecho.

Afirma que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaria Municipal de Sincelejo al no tener en cuenta estos factores salariales, que por ley debe ser computado, determinó una cuantía menor a la que realmente le corresponde, provocando un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad y haciendo gravosa su situación.

Que en ejercicio del derecho de petición, el día 23 de septiembre de 2015, solicitó, la revisión de la pensión ordinaria de jubilación a fin de que se incluyera la totalidad de los factores salariales (Prima de Navidad - Prima de Antigüedad - Prima de Servicios y Horas Extras y demás factores a que haya lugar, y se indexaran las sumas debidas.

Que la solicitud nombrada en el numeral anterior no fue resuelta por la entidad, situación que dio lugar a la configuración del Silencio

Administrativo Negativo, dando paso al surgimiento del acto ficto o presunto por medio del cual la Entidad demandada negó el reconocimiento y pago de la corrección de la Pensión de Jubilación; quedando de esta forma agotada la vía gubernativa.

Como **normas violadas señaló:** Acto legislativo 01 de 2005, Arts., 2, 4, 5, 6, 13, 46,48 y 53 de la Constitución Política de Colombia; .Arts. 3,9,49,44,47,50 y SS del Código Contencioso Administrativo; Ley 91 de 1.989 Art. 15; Ley 60 de 1.993 Art. 6o; Ley 100 de 1993 Art. 279; Ley 115 de 1.994 Art. 115 y Ley 812 de 2003 Art. 81.

Al exponer el **concepto de la violación**, explicó que, con la expedición de los Actos Administrativos demandados, se han dado varias transgresiones en el ámbito Constitucional, tales como las normas mencionadas anteriormente, como quiera que, a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al Servicio Publico antes de la entrada en vigencia de la Lev 812 de 2003 se les deben aplicar las normas vigentes antes de la entrada en rigor de la misma lev. Sin embargo, la concepción de la parte demandada- tal y como se desprende del acto administrativo demandado- es que el Decreto 2341 de 2003 (reglamento de la ley 812 de 2003) establece el régimen aplicable a los docentes a los que se refiere la Ley 812 de 2003, y que en aplicación de éste, los únicos factores salariales que deben ser incluidos en la liquidación del monto pensional es la asignación básica y las horas extras. Con esta inaplicación a la ley 812 de 2003, no solo quebranta dicha norma sino la misma Carta Política, puesto que el mandando referido se encuentra incluido en el Art. 48 de la CP, que fuera modificado por medio del Acto Legislativo 001 de 2005.

b. Contestación de la demanda.

La parte demandada **FOMAG-** contestó oportunamente la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, arguyendo que los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad, pues el demandante no logra acreditar siquiera sumariamente que hayan sido expedidos con infracción las normas en que debían fundarse, o sin competencia, en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Por último propuso las excepciones de: Ineptitud de la demanda, no agotamiento de la vía gubernativa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva y compensación

El demandado **Municipio de Sincelejo**, contestó la demanda, aceptando algunos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones de la demanda, al tiempo que propuso la excepción de Falta de Legitimación en la causa por pasiva, señalando que, el Secretario de Educación del Municipio de Sincelejo, intervino en la expedición del acto administrativo que contiene la resolución 0565 del 5 de enero de 2015, no en forma autónoma, sino en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según se expresó en la misma resolución. Y por último la de prescripción, aduciendo que, los derechos reclamados por el actor habían prescrito en virtud del Decreto 3135 de 1968.

c. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, en audiencia inicial del 6 de julio de 2017, profirió decisión de fondo, resolviendo condenar a la entidad demandada al pago de la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor durante el último año de servicios, anterior a la causación del estatus pensional, considerando que, en el caso en concreto aparece acreditado que el demandante se le reconoció la pensión ordinaria de jubilación a través de la Resolución N° 0565 del 5 de enero de 2015, en cuantía de \$2.102.00, efectiva a partir del 8 de octubre de 2014, tomándose como factores salariales para su liquidación el valor promedio de la asignación básica mensual, el promedio de la prima de vacaciones, en un 75% del IBL, sin inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, que fueron: asignación básica mensual, prima de navidad, prima de vacaciones y prima servicios.

Por último, condenó en costas a la parte demandada.

d. La apelación.

Ambos extremos de la Litis presentaron recurso de apelación dentro del término correspondiente, con base en los siguientes argumentos:

.-Recurso de apelación FOMAG

Para el efecto, estimó que la sentencia no tuvo en cuenta el ordenamiento jurídico de forma manera integral, en la siguiente forma:

Decreto 451 de 1984: En este decreto se excluye de manera expresa la aplicación del mismo al personal 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

Decreto Ley 1042 de 1978: 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, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos. Es así, como por ejemplo ellos tienen una jornada laboral y periodos de vacaciones muy distintos a los previstos para el resto de los empleados del sector público. Por tal motivo como consecuencia de las características propias de la actividad docente, se justifica que su régimen salarial y prestacional sea diferente al de los empleados públicos del orden nacional, quienes deben asumir las responsabilidades y funciones propias de sus respectivos cargos en condiciones muy distintas a las de los docentes oficiales.

Ley 91 DE 1989: en cuanto al párrafo segundo del artículo 15 de la ley 91 de 1989, es necesario realizar las siguientes declaraciones: El derecho a la seguridad social se haya establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia como un derecho público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado regida por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. De acuerdo con lo señalado en la ley 100 de 1993, artículo 15 modificado por el artículo 3º de la ley 797 de 2003, deben afiliarse en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o con servidores públicos. Para el caso de los docentes o directivos docentes, por medio de la ley 91 de 1989 se crea el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, con el fin de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales,

nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de dicha ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Servidores que son afiliados automáticamente en dicho fondo.

El párrafo segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que al tenor establece: "párrafo 2º, El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones."

Como argumentos expresó que se encuentra en total desacuerdo con la decisión ya que esta no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante, pues no se tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

.-Recurso de apelación del demandante

La parte actora apela la sentencia de primera instancia, solicitando, que el Tribunal Administrativo de Sucre, en decisión de Segunda Instancia ordene adicionar el acápite segundo de la parte resolutive de la Sentencia de Primera Instancia proferida en el proceso de la referencia, por el señor JUEZ PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, y así sean efectivamente incluidos todos los factores salariales devengados por el docente en la fecha de status pensional, tales como prima de antigüedad y horas extras, toda vez que si bien es cierto dicho apartado señaló textualmente incluir fa totalidad de los factores salariales devengados por este, seguidamente se refirió sólo a la inclusión de la prima de vacaciones, ya reconocida, prima de navidad y prima de servicios, parte última que deja al arbitrio de la entidad el pago de la

totalidad de dichos emolumentos devengados por el docente en la fecha de su status pensional, siendo además las horas extras base de aporte pensional.

Como sustentación jurídica del recurso de apelación, aduce, que el Art. 3o de la Ley 33 de 1985, señala qué factores salariales deben tenerse en cuenta para efectuar los aportes a la seguridad social de los empleados oficiales. Esos factores, a su vez, integran el salario base de liquidación de las pensiones de dichos funcionarios.

Que de acuerdo con la norma, la base de liquidación para los aportes está constituida por la asignación básica; los gastos de representación; las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; los dominicales y feriados; las horas extras; la bonificación por servicios prestados y el trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Sostuvo, que es claro que factores salariales como prima de antigüedad y horas extras debieron incluirse dentro de la liquidación pensional del docente MANUEL ESTEBAN POLO PÉREZ, por haberlas devengado en la fecha de adquisición de su status pensional, tal y como se encuentra demostrado en el proceso y estar dichos emolumentos contenidos expresamente dentro del marco legal que regula la materia.

Igualmente se reitera que las Horas Extras comprenden base de aporte pensional, por tanto su exclusión de la base de liquidación se convierte en un enriquecimiento sin causa en contra de la entidad.

Por todo lo anteriormente expuesto, solicitó, que se ordene incluir dentro de la liquidación pensional del docente MANUEL ESTEBAN POLO PÉREZ la totalidad de los factores salariales devengados por este, durante el último

año de la prestación de sus servicios (2013-2014), tales como prima de antigüedad y horas extras.

e. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 11 de octubre de 2017 (F. 4). Con proveído del 7 de noviembre de ese mismo año, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F.9), término dentro del cual se pronunciaron las partes (demandante y demandada) para reiterar básicamente los mismos argumentos de la demanda y la contestación, respectivamente. Por otro lado, el Ministerio Público, no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

a. Problema jurídico.

Para resolver la presente alzada, la Sala deberá establecer, si para la reliquidación de la pensión de jubilación del docente demandante, ha debido tenerse en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, el sueldo básico, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, prima de antigüedad y horas extras, independientemente de que sobre ellos se haya efectuado aportes al sistema de seguridad social.

b. Marco legal y jurisprudencial pertinente

La Ley 33 de enero 29 de 1985, publicada el 13 de febrero de 1985 en el Diario Oficial 36856, establece:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual

vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978

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

(...)

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

A su vez el artículo 3º *ibídem*, con relación a los factores salariales consagra que:

"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 inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y 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 liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

La Ley 62 de 1985, al modificar el artículo 3º de la Ley 33 del mismo año, estableció que:

*"Artículo 1º. 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 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.” (Negrillas del Despacho).

Por su parte, la Ley 91 de 1989, en su artículo 15, consagra:

"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.

2.- Pensiones:

A. *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 hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren 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 Social 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. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.*

B. *Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."*

La Ley 100 de 1993, que creó el nuevo Sistema General Integral de Seguridad Social, expresamente en su artículo 279, excluyó de su

aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

"El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida." (Negrillas del Despacho)

Conforme a la normatividad citada en antecedencia, a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en principio, no se les aplicaba la Ley 100 de 1993, por exclusión expresa de la misma, sino que se siguieron rigiendo por las normas anteriores como lo son: las Leyes 33 y 62 de 1985, en concordancia con lo establecido con la Ley 91 de 1989.

Posteriormente, con especialidad para los docentes, la Ley 812 de 2003, en su artículo 81, consagró que:

"El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

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

En el mismo sentido, el Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia,

dispuso que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003; a la letra dice la norma:

"Parágrafo transitorio 1º. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003"*

Del anterior recuento normativo, se extrae que efectivamente, las normas aplicables a los docentes vinculados antes de Ley 812 de 2003, para efectos de liquidar la pensión de jubilación, son las establecidas para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, la Ley 33 y 62 de 1985 y sus respectivos decretos reglamentarios, pues si bien es cierto que los docentes se caracterizan por tener un régimen especial, esto solo comprende, lo relativo al ingreso, ascenso y permanencia en el servicio educativo, (Estatuto Docente Decreto 2277 de 1979, hoy Decreto 1278 de 2002), tratándose de reconocimientos de pensiones como el caso que ocupa al despacho, se debe dar aplicación a las normas ordinarias que rigen para la generalidad de los vinculados al sector público.

Al respecto, el Consejo de Estado, al determinar el alcance e interpretación de la Ley 33 de 1985, en cuanto a los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, históricamente presentó criterios jurídicos disímiles respecto del alcance del artículo 3 de dicha Ley, así: *i)* en una primera ocasión consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores

salariales devengados por el trabajador¹; *ii*) posteriormente se determinó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes²; *iii*) después se dispuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma³; y *iv*) finalmente se unificó la posición de la Sección para establecer que, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 29 de mayo de 2003, Radicación No.: 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), Actor: Jaime Flórez Aníbal. En esta primera etapa se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieren sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual: "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 la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. (...) "en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes".

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04), Actor: Arnulfo Gómez. En esta segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieren sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. "La ley 33 de 1985 en el artículo 1º dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...). En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio de sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente."

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 6 de agosto de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08), Actor: Emilio Páez Cristancho. En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar. Esta decisión se encuentra sustentada en la siguiente forma: "En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las Leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que "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", la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de Previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión. (...). Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que dedicadamente estableció el Legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfiló esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse. Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el Sistema General de Pensiones.". Ver también, Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 21 de mayo de 2009. Radicación N° 2577-07.

liquidación pensional, sino que el listado es meramente enunciativo, lo cual, no impide la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios⁴, así:

"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 1978⁵, 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, precisó:

"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 liquidación⁷".

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Ref.: Expediente N° 250002325000200607509 01. Número Interno: 0112-2009. Autoridades Nacionales. Actor: Luís Mario Velandía.

⁵ Artículo 45. "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 tendrán 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;
- m) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del decreto 3130 de 1968."

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. 250002325000200404442 01 (0208-2007), Actor: Jorge Hernández Vásquez.

⁷ La Sección Segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia de 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular, concluyó:

c. Solución del asunto.

Encuentra la Sala que, de acuerdo a las pruebas arrimadas al proceso, en el *sub judice* ha quedado establecido que:

1. El docente MANUEL ESTEBAN POLO PÉREZ, se vinculó al servicio público educativo desde el 7 de octubre de 1994 (f.16), es decir, antes del 27 de junio de 2003, fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003⁸.
2. Al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del 8 de octubre de 2014, mediante la Resolución No. 0565 del 05 de enero de 2005, y se tuvo en cuenta para determinar el salario promedio mensual para establecer la base pensional únicamente su sueldo básico mensual y la prima de vacaciones (f. 17).
3. Según Certificado expedido por el municipio de Sincelejo, el accionante devengó durante su último año de servicios, los siguientes factores: asignación básica (sueldo), **bonificación mensual DC 1566 de 2014**, prima de servicio, prima vacacional docente 1/12 y prima de navidad y **prima de antigüedad y horas extras** (f. 20 a 22) (Resalta la Sala).

"(...) El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registradora Nacional del Estado Civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registradora Nacional del Estado Civil (...).

Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones, (...)

Como la demandante laboró para la Registradora Nacional del Estado Civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el Decreto 603 de 1977.

LIQUIDACIÓN PENSIONAL

En lo relativo a la base de liquidación de la pensión de jubilación las dos disposiciones mencionadas se asientan sobre el promedio de los salarios devengados por el servidor público. Y, como la norma no distingue, preciso es reconocer que sin discriminación alguna harán parte integral de la base de liquidación todos los factores salariales devengados en los términos previstos en el Decreto 603 de 1977. (...)"

⁸La Ley 812 de 2003 entró en vigencia a partir de su promulgación, que fue el 27 de Junio de 2003, en el Diario Oficial No. 45.231

4. Que el señor POLO PÉREZ está afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (f. 18.).

Pues bien, para la Sala, la decisión administrativa de negarle al accionante la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus de pensionado para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, no resulta ajustada a la legalidad, conclusión a la que se llega, con fundamento en las siguientes razones:

La Ley 812 de 2003 en su artículo 81, estableció expresamente que a los docentes se les respetará el régimen de prestaciones vigente al momento de su vinculación. En este sentido, se encuentra probado en el expediente, que el demandante se vinculó al magisterio desde el año de 1975, esto es, mucho antes de la entrada en vigencia de la citada ley, por tanto, en concordancia con lo establecido en la Ley 91 de 1989, le es aplicable el régimen establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985 y sus decretos reglamentarios.

En línea de lo dicho, observa la Sala que en el *sub examine*, según el certificado de salarios que reposa en el plenario, el demandante devengaba al momento del reconocimiento pensional, además de la asignación básica, los factores de: auxilio de bonificación mensual, prima vacacional, prima de navidad, prima de servicios, prima de antigüedad y horas extras.

Precisamente la revisión de la Resolución No.0565 de 2015, muestra que al momento de liquidar la pensión de jubilación del demandante, se omitió incluir la prima navidad, la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de antigüedad, la bonificación mensual, la prima de antigüedad y las horas extras, factores que sí se debe tener en cuenta como

emolumento salarial para efectos de liquidar la pensión, de acuerdo a la interpretación jurisprudencial que ha hecho el Consejo de Estado al artículo 3º de la Ley 33 de 1985⁹ (modificado por la Ley 62 de 1985), en el sentido de que el listado no es taxativo, sino meramente enunciativo¹⁰, lo cual, no impide la inclusión de otros factores devengados por el trabajador durante el último año de servicios. Todo ello, sin perjuicio de que la entidad pueda descontarle los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal, debidamente indexados.

Por la lo anterior le asiste razón al demandante de que se le reliquide su pensión con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicio (2013-2014), por lo que habrá de modificarse el numeral SEGUNDO, de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de incluir como factores "LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD y LAS HORAS EXTRAS" igualmente devengados por el demandante, tal como se aprecia en la certificación obrante a folios 19 a 22 del cartulario, y que no fueron tenidos en cuenta por el juez de instancia al momento de fallar el asunto.

Así las cosas, encuentra la Sala que el recurso de alzada no tiene vocación de prosperidad.

d. Costas.

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

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010. Ref: Expediente N° 250002325000200607509 01. Número Interno: 0112-2009. Autoridades Nacionales. Actor: Luís Mario Velandia.

¹⁰ Sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado N° 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila.

providencia, realícese por el A quo, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre actuando en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 6 de julio de 2017 en audiencia inicial por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, el cual quedará así:

***"SEGUNDO.-** Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO "FOMAG", reliquidar la pensión de Jubilación del señor ESTEBAN MANUEL POLO PÉREZ identificado con la cédula de ciudadanía número 6.819.578, a partir del 8 de octubre de 2014, en cuantía del 75% de la asignación más elevada, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados por este, durante el último año de la prestación de sus servicios (2013-2014), esto es, además del factor de asignación básica mensual, prima de vacaciones, ya reconocidos, se deberán incluir valores por concepto de PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE ANTIGÜEDAD y HORAS EXTRAS"*

En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, por el A quo, **REALIZAR** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, devolver al despacho de origen, y cancelar su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Esta providencia se discutió y aprobó en sesión de la fecha, conforme consta en Acta No. 89.

Notifíquese y cúmplase,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
Magistrada