



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

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, agosto dos (2) de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 70-001-33-33-001-2016-00281-01
DEMANDANTE: WILFRIDO RAFAEL MÁRQUEZ RIVERA
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 10 de octubre de 2017¹, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la que se accedió parcialmente a la súplicas de la demanda.².

I. ANTECEDENTES

a. La demanda.

El señor WILFRIDO RAFAEL MÁRQUEZ RIVERA, 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 que se declare la existencia del

¹ Sentencia dictada en audiencia inicial.

² En adelante FNPSM O FOMAG.

Silencio Administrativo Negativo, en relación con la solicitud No. 10214 del 17 de julio de 2015 de revisión y reliquidación de la pensión de jubilación, igualmente, la nulidad parcial de la Resolución No. 0267 del 26 de octubre de 2009, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, la cual reconoce la pensión de jubilación, sin la inclusión de todos los factores salariales.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de Restablecimiento del Derecho solicita que se declare, que tiene derecho a que la Nación - Ministerio de Educación Nacional, le reconozca y pague a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la pensión vitalicia de jubilación, a partir del día que cumplió su estatus de pensionado, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los salarios, con todos los factores salariales acreditados.

Asimismo, que se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional a pagar a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el valor de las mesadas pensionales y adicionales con los correspondientes reajustes de ley, desde la fecha de la adquisición del estatus de pensionado, es decir, a partir del día que cumplió los requisitos de edad y tiempo y dichos ajustes se hagan, conforme al índice de precios al consumidor, a su vez, el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas, conforme a lo normado en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Como **supuestos fácticos** afirmó el demandante, que cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios para la Pensión Jubilación, laborando al servicio de la educación oficial en el Municipio de Sincelejo, afiliado al FOMAG.

Que la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, mediante Resolución No. 267 del 26 de octubre de 2009, reconoció la pensión vitalicia de jubilación, solamente con la asignación básica y prima de vacaciones, desestimando el factor salarial de la prima de navidad.

Señala que mediante Petición N° 10214 del 17 de julio de 2015, se solicitó a la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo y FOMAG, la revisión y ajuste de la pensión vitalicia de jubilación, frente a lo cual guardaron silencio.

Como **normas violadas**, invocó los artículos 1º , 2º, 4º , 5º , 6º , 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; además, los artículos 15 numeral 1º . Inciso 1º y artículo 2º-5 de la Ley 91 de 1989; artículo 7º del Decreto 2563 de 1990; artículo 3º del Decreto-Ley 2277 de 1979; literal a) del artículo 2º y artículo 12 de la Ley 4 de 1992; artículo 1 del Decreto Reglamentario 1440 de 1992; artículo 115 y 180 de la Ley 115 de 1994; Ley 65 de 1946; artículo 4 de la Ley 4 de 1966; artículo 5 del Decreto 1743 de 1966; artículo 1-Parg. 2 de la Ley 24 de 1947 en concordancia con el artículo 29 de la Ley 6 de 1945; Decreto 1045 de 1978, artículo 45 y artículo 81 de la Ley 812 del 2003.

Al exponer el **concepto de la violación** explicó que, el Acto administrativo atacado al desconocer su derecho pensional, violentó expresamente el marco normativo descrito, por cuanto el régimen prestacional del que goza por ser docente, es el consagrado en la Ley 6 de 1945, artículo 17, literal b) y su Decreto Reglamentario 2767 de 1945, artículo 1. Pues a la luz de estas normas, cumplió con los requisitos exigidos, edad y tiempo de servicio, para acceder a la pensión vitalicia de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales tal como se estipuló en el artículo 4 de la Ley 4 de 1966 y en el Decreto 1743 de 1966 en su artículo 5.

Que el Acto Administrativo atacado, desconoció ostensiblemente el Numeral 5 del artículo 2 de la Ley 91 de 1989, porque el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el encargado de pagar la pensión jubilación y al cumplir con los requisitos exigidos para acceder a la prestación social, es esa entidad quien debe realizar su pago incluyendo todos los factores salariales que se acreditaron.

Asegura que se encuentra demostrada plenamente la violación de las normas enunciadas, porque la Administración dejó de aplicar unas y también, porque partió de una errónea interpretación de otras, para no incluir todos los factores salariales y horas extras en el reconocimiento de la pensión jubilación.

Sostiene, que demostró haber cumplido los requerimientos legales para que se le incluya en el reconocimiento de su pensión vitalicia de jubilación, todos los factores salariales, pero la entidad, partiendo de una subjetiva interpretación normativa, transgredió la Ley e hizo nugatorio el derecho que le asiste, configurándose así la violación de sus derechos.

b. Contestación de la demanda.

La parte demandada 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.

Propuso las excepciones que denominó: i) ineptitud sustantiva de la demanda, no agotamiento de la vía gubernativa; ii) inexistencia de la obligación, iii) cobro de lo no debido, iv) prescripción, v) falta de legitimación en la causa por pasiva, iv) compensación y vii) Genérica o innominada.

c. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, en audiencia inicial celebrada el 10 de octubre de 2017, prescindió de la práctica la audiencia de pruebas conforme al artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, por lo cual, una vez escuchados los alegatos de conclusión de las partes, procedió a dictar sentencia en la que resolvió acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

En consecuencia, el *a quo* declaró la nulidad del acto ficto o presunto negativo surgido por la no contestación de la solicitud de fecha 17 de julio de 2015 elevada por el accionante, y la nulidad parcial de la Resolución N° 0267 de octubre 26 de 2009, ordenando a título de restablecimiento del derecho, que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reliquidara la pensión de Jubilación del señor WILFRIDO RAFAEL MARQUEZ RIVERA, en cuantía del 75% de la asignación más elevada, incluyendo la prima de navidad además de los factores ya reconocidos en el último año de la prestación de sus servicios/adquisición del estatus (2008-2009).

En *pro* de lo anterior, argumentó que en el plenario se encontraba acreditado que al demandante se le reconoció la pensión ordinaria de jubilación a través de la Resolución N° 0267 de 26 de octubre de 2009, en cuantía de \$1.695.051.00, efectiva a partir del 7 de marzo de 2009,

tomándose como factores salariales para su liquidación el valor promedio de la asignación básica mensual, prima de vacaciones, en un 75% del IBL, sin inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, pues de conformidad con las leyes 33 de 1985 y 812 de 2003, el reconocimiento del régimen de transición consignado en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, lleva consigo la valoración de un IBL definido por el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de la prestación de los servicios, con la inclusión de todos los emolumentos laborales reconocidos en dicho periodo.

Argumento además, que para resolver el asunto acogía la postura adoptada por el H. Consejo de Estado en sentencias como la de fecha 7 de julio de 2005, Sección Segunda Subsección "A" con ponencia del Consejero Dr. Alberto Arango Mantilla, dentro del expediente con radicación 25000-23-25-000- 2000-00070-01(2100-04), Que explican, que para la liquidación de la pensión de jubilación, por principio general, además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución de sus servicios. En razón a ello, y a las normas estudiadas el monto pensional debe reliquidarse con el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

Por último, condenó en costas a la parte demandada.

d. La apelación.

La parte accionada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia y la negación de las pretensiones de la demanda.

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 parágrafo 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.

e. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 22 de febrero de 2018 (fl. 4). Con proveído del 25 de abril del mismo año, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (fl.9), término dentro del cual se pronunció las

parte demandante para reiterar básicamente los mismos argumentos de la demanda.

Por otro lado, el Ministerio Público emitió concepto mediante escrito fechado 25 de mayo de 2018 (fls. 14 a 20), señalando, respecto a los factores salariales que deben ser incluidos en la pensión ordinaria del docente, lo establecido por el Consejo de Estado, cuando explica, que el listado de factores que consagra la Ley 33 y 62 de 1985 no es taxativo sino enunciativo, lo que permite la remisión al Decreto 1045 de 1978, que indicó; *"es intención del legislador otorgarle a determinados conceptos prestacionales, como la prima de navidad, prima de vida cara y la prima de vacaciones carácter salarial para efectos pensionales."* con fundamento en ello se debe concluir, que deben incluirse todos los conceptos de remuneración que puedan calificarse como salario, y no aquellos que correspondan a prestaciones periódicas, salvo la prima de navidad y de vacaciones.

En tal sentido, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo.

II. CONSIDERACIONES

a. Problema jurídico.

Para resolver la presente alzada, la Sala deberá establecer, si para la liquidación 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, la prima de vacaciones y la prima de navidad, independientemente de que sobre ellos se haya efectuado aportes al sistema de seguridad social, lo que determina si tiene derecho a la reliquidación que solicita.

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, señaló:

"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."
(Destacado de la Sala).

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:

"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 H. 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 trabajador³; *ii*) posteriormente se determinó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes⁴; *iii*) después se dispuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma⁵; 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

³ 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".

⁴ 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."

⁵ 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 servicios⁶:

"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 1978⁷, 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, precisó⁸:

"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 liquidación⁹".

⁶ 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.

⁷Artículo 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 tuvieren 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."

⁸Consejo 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.

⁹La 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:

"(...) 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, (...)

c. Solución del asunto.

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

1. El docente Wilfrido Rafael Márquez Rivera, se vinculó al servicio público educativo desde el 10 de marzo de 1975 (fl. 5), es decir, antes del 27 de junio de 2003, fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003¹⁰.
2. Al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del 7 de marzo de 2009, mediante la Resolución No. 0267 del 26 de octubre de 2009, y se tuvo en cuenta para determinar el salario promedio mensual para establecer la base pensional, únicamente su sueldo básico mensual y la prima vacacional (fl. 6).
3. Según Certificado expedido por la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo, el demandante devengó durante el último año de prestación de servicios, los siguientes factores: asignación básica (sueldo), prima vacacional y **prima de navidad** (fl. 8) (Resalta la Sala).
4. Que el señor Wilfrido Rafael Márquez Rivera se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl.5).

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. (...)”

¹⁰La 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

Pues bien, para la Sala, la decisión administrativa de negarle al demandante 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: prima vacacional y **prima de navidad**.

Precisamente la revisión de la Resolución No. 0267 del 26 de octubre de 2009, muestra que al momento de liquidar la pensión de jubilación del demandante, se omitió incluir la prima navidad, factor 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 1985¹¹ (modificado por la Ley 62 de 1985), en el sentido de que el listado no es taxativo, sino

¹¹ 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.

meramente enunciativo¹², 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.

En consecuencia, le asiste razón al apoderado actor cuando en su demanda manifiesta que al demandante sí le asiste derecho a que la demandada – Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - le reliquide la pensión de jubilación otorgada.

Sin perjuicio de lo dicho, la Sala **MODIFICARÁ** la sentencia apelada, en el sentido de ordenar la reliquidación de la pensión jubilación del accionante, teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio con la inclusión de los factores ya reconocidos en sede administrativa más la inclusión de la prima de navidad. Pero excluyendo la expresión <<de la asignación más elevada¹³>> incluida por el *a quo* en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, lo anterior, por cuanto no aplica para el régimen de los docentes.

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 de la ley 1437 de 2011, 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

¹² Sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado Nº 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila.

¹³ Disposición contenida en el Decreto 546 de 1971, que reguló de manera especial el régimen de seguridad y protección social de los servidores de la Rama Jurisdiccional.

presente 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 ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo-Sucre, el día 10 de octubre de 2017, 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 DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reliquidar la pensión jubilación del señor WILFRIDO RAFAEL MÁRQUEZ RIVERA, identificado con la cédula de ciudadanía número 9.308.799, en cuantía del 75%, incluyendo la totalidad de los factores devengados por este, durante el último año de la prestación de sus servicios/adquisición del estatus pensional (2008-2009), esto es, además del factor de asignación básica mensual y prima de vacaciones ya reconocidos, se deberá incluir el valor por concepto de prima de navidad"*

En lo demás se confirma la sentencia apelada.

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

TERCERO: En firme ésta providencia, **DEVOLVER** el proceso al juzgado de origen, 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.115.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE
Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA
Magistrado