TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	**70-001-33-33-005-2015-00175-01**
DEMANDANTE:	**RUBER DE JESÚS RUÍZ SUÁREZ**
DEMANDADO:	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 12 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones[1]:

RUBER DE JESÚS RUÍZ SUÁREZ, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad parcial de la Resolución N° 0220 del 21 de abril de 2014, a través de la cual, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por conducto de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

[1] Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene a la entidad demandada, le reconozca y pague la reliquidación de la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año al que adquirió su status de pensionado.

Finalmente, insta se condene a pagar, sobre las mesadas adeudadas, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor.

1.2.- Hechos[2] y fundamento jurídico:

El señor **RUBER DE JESÚS RUÍZ SUÁREZ**, laboró al servicio de la educación oficial.

Por haber reunidos los requisitos legales, a través de Resolución Nº 0220 del 21 de abril de 2014, la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, en nombre de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de $1.705.280.oo, pero sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año al que adquirió su status de pensionado.

Como normas violadas, señala los arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política y los arts. 27, 30 y 31 del código civil; art. 4 de la ley 4 de 1966; ley 91 de 1989; art 2 de la ley 153 de 1987; artículo 9 de la ley 71 de 1988; artículos 1 y 2 de la ley 33 de 1985; ley 62 de 1985; arts. 150 y 279 de la ley 100 de 1993.

Anotando que la nulidad deprecada procede, en tanto, los actos administrativos fueron expedidos con vulneración del ordenamiento jurídico, al aplicarse e interpretarse indebidamente la ley, aunado a la aplicación errónea de la sentencia C – 258 de 2013.

[2] Folio 2, cuaderno de primera instancia.

1.3.- Contestación de la demanda.

La entidad accionada, no contestó la demanda[3].

1.4. Sentencia impugnada[4].

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, a través de sentencia dictada en audiencia inicial de fecha 12 de septiembre de 2016, declaró la nulidad parcial de la Resolución N° 0220 del 21 de abril de 2014, como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, reliquidar la pensión de jubilación del señor **RUBER DE JESÚS RUÍZ SUÁREZ,** teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados el último año de servicios, previo a la adquisición del status, concretamente la prima de navidad.

Precisó, que de acuerdo con las pruebas aportadas, el régimen aplicable al demandante es la Ley 33 de 1985, adicionalmente, citó jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, con el objeto de advertir que dichos factores no son taxativos, sino enunciativos, por lo tanto, todos los factores que reciben los funcionarios de manera habitual y periódica, integran el salario base de liquidación de su pensión.

1.5.- El recurso[5].

El apelante, señaló, que no es viable la reliquidación pensional ordenada, pues, no se tiene en cuenta el ordenamiento jurídico en su integralidad. Cita al efecto, una serie de normas que en su criterio, permiten afirmar que el reajuste pensional pedido no es procedente, toda vez que, normativamente no es permitido y más aún, su pago no fue atribuido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, concretamente, en este aspecto, señala que el Fondo no puede pagar como factor salarial para efectos de

[3] Folio 38, cuaderno de primera instancia.
[4] Folios 48– 53, cuaderno de primera instancia.
[5] Folios 57– 72, cuaderno de primera instancia.

pensión, la prima de navidad, la prima de servicios, la prima de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones. Otro tanto, dijo, aplica para la prima de servicios.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

Mediante auto de 3 de febrero de 2017[6], se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

Posteriormente, a través de providencia de 3 de marzo de 2017[7], se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, llamado al que atendió solo la entidad accionada[8], donde reiteró los fundamentos fácticos y jurídicos en las distintas etapas previas.

- **Concepto del Ministerio Público[9]**: El señor procurador delegado ante este Tribunal, manifestó que deben accederse a las pretensiones de la demanda, toda vez que, todos los factores que recibió el accionante de manera habitual y periódica, integraban el salario base de liquidación de su pensión, específicamente la prima de navidad.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia,** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

---

[6] Folio 4, cuaderno de segunda instancia.
[7] Folio 12, cuaderno de segunda instancia.
[8] Folios 16 – 18, cuaderno de segunda instancia.
[9] Fls. 19 – 24, cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿Hay lugar a la reliquidación de la pensión de jubilación docente de la parte actora, incluyendo todos los factores salariales devengados, en el último año de servicios, concretamente la prima de navidad?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación de los empleados del sector público- factores salariales de liquidación.

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha reiterado en sendas jurisprudencias, que de conformidad con el régimen de transición, aquellas personas cobijadas por el mismo tienen derecho a que su pensión, sea liquidada de conformidad con las anteriores a su vigencia, con miras a no vulnerar el principio de inescindibilidad, aplicación integral de la norma, igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

La anterior postura, ha sido un esfuerzo de elaboración derivada de una línea jurisprudencial sólida, en la que se destaca entre otras, la sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 012-2009, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en donde además se concertó, que la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL), debe contener, a más de la asignación básica, aquellos conceptos devengados por el trabajador, durante el último año de prestación de servicios, excluyéndose, la taxatividad que imperaba, en ciertos fallos judiciales sobre el tema.

En sentencia del 3 de febrero de 2011, expediente 0670-10. C. P. Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, el Honorable Consejo de Estado, recalcó:

"Como ha quedado expuesto, la norma jurídica anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable en el sub júdice, para establecer el monto del derecho pensional del actor, es la Ley 33 de 1985.

Esta disposición, en su artículo 3°, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación…

Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3° de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Entonces, ante las diversas interpretaciones esbozadas en la materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma 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.***

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación de su prestación ***incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicio****, esto es, entre el 8 de octubre de 1997 y el 8 de octubre de 1998. (Negrillas fuera del texto original)*

Siendo ello así, el accionante tiene derecho a que su prestación se liquide con inclusión de la asignación básica mensual, prima técnica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo"[10].

[10] Ver entre otras Consejo de Estado; Expediente 0516-08, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Expediente 0287-10. C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Expediente 1520-10. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Ver a su vez, Sentencia del 20 de marzo de

Concluyéndose, que la pensión de jubilación regulada por la ley 33 de 1985, se liquida **en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes**, pero si existieran factores, sobre los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizará los descuentos a que haya lugar.

Se advierte, que los anteriores argumentos, en lo que hace a los factores a considerar para efectos de reliquidación pensional, se predican de todo servidor público cobijado por transición, incluyendo a los docentes nacionales y nacionalizados, quienes para el efecto, gozan de las atribuciones del régimen de transición que surge de hacer una interpretación sistemática de ciertas normas, como lo son la ley 33 de 1985, ley 71 de 1988, ley 91 de 1989, ley 100 de 1993, ley 707 de 2003 y ley 812 de 2003.

Sobre la anterior apreciación, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 3 de abril de 2008[11], manifestó:

> *"El artículo 15 numeral 1° de la Ley en mención indicó las disposiciones que se aplicarían a los docentes Nacionales y Nacionalizados y a los que se vincularan con posterioridad al 1° de enero de 1990. Para resolver el sub – lite en lo pertinente dispuso: … El señor Bernardo Fernández Calderón, en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el 1 de octubre de 1977, por ende se le aplica la disposición antes transcrita, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.*
>
> *Es decir, el demandante mantiene el régimen vigente en la entidad territorial en la fecha en que formuló la solicitud de*

2013. Expediente 0341-12. C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, donde se reitera el marco jurisprudencial, consolidado desde la sentencia mencionada.

[11] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Expediente con radicación interna 1564-07. C. P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, que lo fue el 12 de noviembre de 2002. En materia de pensión de jubilación en esa época se hallaba vigente la Ley 33 de 1985, "por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público." El artículo 1° de esta Ley dispuso: … El inciso segundo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedaran sujetos a la regla antes transcrita, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Además del régimen especial que se ha establecido en favor de los docentes oficiales referido a la posibilidad que tienen de percibir simultáneamente pensión de jubilación, sueldo y cuando haya lugar a ella, acceder a la pensión gracia; en materia de pensión ordinaria de jubilación el ordenamiento jurídico no ha previsto ninguna especialidad en su tratamiento. Así se desprende de la normatividad que se ha expedido a favor de los servidores del ramo de la docencia.

Lo anterior por cuanto el régimen especial de pensiones se caracteriza porque algunas de sus disposiciones contemplan de manera expresa, condiciones relacionadas con la edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada pensional distintos a los establecidos en la norma general.

La Ley 33 de 1985 se aplica a los empleados oficiales de cualquier orden, salvo los regímenes de excepción y los especiales, en los términos antes indicados. Se repite, el ordenamiento jurídico no prevé un régimen especial de pensión ordinaria de jubilación en favor de los docentes oficiales."

Posición a su vez reiterada en sentencia del 24 de noviembre de 2016, proferida con ánimo de extensión de jurisprudencia, por la sección Segunda, Sub sección A del Honorable Consejo de Estado, C. P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, Radicación 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13), en la que señaló sobre el tema:

"Aunque, por definición, en una providencia de extensión, la Sala no podría separarse de lo decidido en una sentencia de unificación, conviene señalar que esta Sala de Subsección comparte y reitera la postura jurisprudencial consignada en las sentencias de unificación de 4 de agosto de 2010 y 25 de febrero de 2016 proferidas por el pleno de la Sección Segunda de esta Corporación, pues (i) en aplicación de los principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos sociales (como, obviamente, lo es el derecho a la seguridad social) cuando una

persona en virtud de la transición de regímenes pensionales (que prevé la Ley 100 de 1993), está cobijada por un régimen pensional anterior, éste habrá de ser aplicado de manera integral y completa, sin desconocer ninguno de los elementos que lo componen; (ii) el principio de «sostenibilidad fiscal» no puede ser invocado o aplicado para desconocer expectativas legítimas y, aún, como en este caso, derechos adquiridos[12] *bajo el imperio de una ley anterior, menos aun cuando la propia Corte Constitucional, en coincidencia con el Consejo de Estado, reiteradamente se había pronunciado en el sentido de que la aplicación de régimen de transición de la Ley 100 de 1993, está soportada en los conceptos jurídicos de unidad normativa e inescindiblilidad de la norma".*

Esta última posición la acoge este Tribunal, en tanto refleja la adecuada interpretación de lo tratado, tal y como se ha expuesto en reiteradas oportunidades[13].

2.3.3.- Caso concreto.

En el *sub lite* se encuentran demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes:

-. A través de Resolución No. 0220 del 21 de abril de 2014, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG por intermedio de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, le reconoció al accionante pensión de jubilación bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, en cuantía de $1.705.280,oo, efectiva a partir del 29 de diciembre de 2011, tomando como base el 75% del salario promedio mensual

[12] (32) Constitución Política. Artículo 58. *«Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. (…)»*

[13] Cfr. Entre otras, Tribunal Administrativo de Sucre. Sala Primera de Decisión Oral. Sentencia del 26 de enero de 2017. M. P. Dr. RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY. Radicación 70-001-33-33-006-2013-00282-01. Demandante: MERYS VARGAS VIDES. Demandado: FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "U.G.P.P". Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

devengado, con la inclusión de la asignación básica, auxilio de movilización y prima de vacaciones, como factores salariales[14].

-. El señor **RUBER DE JESÚS RUÍZ SUÁREZ**, devengó durante su último año de servicios *–diciembre 2010 - diciembre de 2011-* además del sueldo básico mensual, los siguientes factores salariales: prima vacacional docente y prima de navidad[15].

Ahora bien, como quiera que la controversia no radica en el reconocimiento pensional, en el análisis del IBL o la aplicación de algún régimen de transición, sino en establecer los factores salariales a tener en cuenta a efectos de la reliquidación pretendida, es menester reiterar, como bien se deja sentado en apartes precedentes, que los factores que sirven de sustento a la liquidación de la mesada pensional, consignados en la ley, son meramente enunciativos, por lo cual, el ingreso base de liquidación, debe ser dado por aquellas sumas que percibe el trabajador, de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que le sean dadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluye la Sala, que el acto administrativo deprecado debía declárese nulo parcialmente, toda vez que la mesada pensional del accionante, fue liquidada con la asignación básica, auxilio de movilización y prima de vacaciones, como factores salariales, debiéndose reconocer en el procedimiento liquidatario, las demás suma de dinero que recibió aquella como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último de servicio (diciembre de 2010 – diciembre de 2011), esto es, **la prima de navidad.**

Así las cosas, verificado el caso puesto a consideración, la Sala entiende, que la decisión de primera instancia debe ser confirmada, en razón a que, muy a pesar que la pensión de jubilación a la que tiene derecho la accionante, se efectuó bajo parámetros de la ley 33 de 1985, la

[14] Folios 12 – 14 cuaderno de primera instancia.
[15] Constancia de factores salariales visible a Fl. 15, cuaderno de primera instancia.

interpretación dada en cuanto a los factores a tener en cuenta, a la hora de liquidar la misma, no es la coherente con la línea jurisprudencial esbozada.

3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandada y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el *A quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia del 12 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia, a la parte demandada. Su liquidación se hará de manera concentrada por el *A quo*, de conformidad con lo preceptuado en Art. 366 del C. G. del P., para ambas instancias.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0101/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS **SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**