



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

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

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-005-2015-00193-01
DEMANDANTE:	AMELIA ELENA FLÓREZ ÁLVAREZ
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
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 13 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **AMELIA ELENA FLÓREZ ÁLVAREZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con el fin que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 0484 del 15 de julio de 2013 y en consecuencia, se ordene a la entidad demandada, le reliquide la pensión de jubilación con la inclusión de todos

¹ Folio 1 del cuaderno de primera instancia.

los factores salariales devengados en el último año anterior al que adquirió su status de pensionado.

1.2.- Hechos², normas violadas y concepto de violación

La señora **AMELIA ELENA FLÓREZ ÁLVAREZ**, laboró al servicio de la educación oficial. Por haber reunidos los requisitos legales, a través de Resolución N° 0484 del 15 de julio de 2013, 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, pero sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año al que adquirió su status de pensionado.

Como normas violadas señaló el artículo 15 de la ley 91 de 1989, decreto 3135 de 1968, decreto 1848 de 1969 y 1045 de 1978, artículo 4 de la ley 4 de 1976, artículo 9 de la ley 71 de 1988, toda vez que la liquidación de la base pensional no tuvo en cuenta los factores salariales devengados en el último año previo a adquirir el estatus pensional, pese a que la demandante se halla cobijada por el régimen pensional de la ley 33 de 1985.

1.3.- Contestación de la demanda:

No hubo pronunciamiento de la entidad accionada.

1.4. Sentencia impugnada³.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, a través de sentencia dictada en audiencia inicial del 13 de septiembre de 2016, declaró la nulidad parcial de la Resolución N° 0484 del 15 de julio de 2013, como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la **NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

² Folios 2 – 3 del cuaderno de primera instancia.

³ Folios 50 - 55, del cuaderno de primera instancia.

– **FOMAG**, reliquidar la pensión de jubilación de la señora **AMELIA ELENA FLÓREZ ÁLVAREZ**, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados el último año de servicios, previo a la adquisición del status pensional.

Precisó el A-quo, que como la pensión de jubilación en referencia fue reconocida, entre otras disposiciones, conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, era necesario tener en cuenta para su liquidación los factores enlistados en la Ley 62 del mismo año, en razón a que no podría escindirse la norma, para tomar lo que fuera más favorable de la otra ley.

Además, como lo había reiterado el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para la liquidación de la pensión de jubilación, por principio general, además de la asignación básica mensual, constituían factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibía el funcionario o empleado como retribución de sus servicios e hizo referencia a que los factores prima de vacaciones y prima de navidad, eran liquidables para calcular las cesantías y pensiones de acuerdo al Decreto 1054 de 1978.

1.5.- El recurso⁴.

Inconforme con la anterior decisión, el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la apeló con el fin que fuera revocada en esta instancia, toda vez, que no era viable la reliquidación pensional ordenada, pues, no se tenía 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 pensión, la prima de navidad, la prima de servicios, la prima

⁴ Folios 58 - 72, del cuaderno de primera instancia.

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 2017⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

Posteriormente, a través de providencia de 3 de marzo de 2017⁶, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

- La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio⁷ solicitó se denegaran las pretensiones de la demanda y en consecuencia, se le exonerara de cualquier responsabilidad.

Luego de hacer un recuento normativo, reiteró que los factores salariales estaban expresamente delimitados y fuera de ellos, no existía la posibilidad de realizar el reajuste a la cuantía de la pensión de jubilación del docente, con factores salariales, tales como: prima de alimentación, prima de navidad, prima de antigüedad, auxilio de transporte, prima vacacional departamental y prima de vacaciones.

Así mismo indicó, que de accederse a las peticiones de la demandante, conllevaría al Fondo a excederse en las atribuciones otorgadas por la Ley.

- La parte demandante⁸, solicitó se confirmara la decisión recurrida, toda vez que su pensión debía liquidarse con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio, considerando como salario, la suma de la asignación básica, más todos los factores salariales que por ley le correspondían.

⁵ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

⁶ Folio 13 del cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folios 18 - 23 del cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 24 – 26 del cuaderno de segunda instancia.

- El señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

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.

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?

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 3º, modificado por el artículo 1º 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 3º 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 3º 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 quo⁹.

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 predicán 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.

⁹ 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 2013. Expediente 0341-12. C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, donde se reitera el marco jurisprudencial, consolidado desde la sentencia mencionada.

Sobre la anterior apreciación, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 3 de abril de 2008¹⁰, 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 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

¹⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Expediente con radicación interna 1564-07. C. P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

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 adquiridos¹¹ 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 inescindibilidad 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 oportunidades¹².

¹¹ (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. (...)»

¹² 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

2.3.3.- Caso concreto.

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

-. La señora **AMELIA ELENA FLÓREZ ÁLVAREZ**, nació el 28 de diciembre de 1955, tal y como se acepta por la entidad demandada en la Resolución No. 0484 del 15 de julio de 2013 y conforme a la copia de su cédula de ciudadanía (folio 14 Cdno. Primera Instancia).

-. A través de Resolución No. 0484 del 15 de julio de 2013, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, por intermedio de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, le reconoció a la accionante pensión de jubilación, bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, en cuantía de \$1.836.575 efectiva a partir del 29 de diciembre de 2010, tomando como base el 75% del salario promedio mensual devengado, con la inclusión solamente de la asignación básica y la prima de vacaciones como factor salarial¹³.

-. La señora **AMELIA ELENA FLÓREZ ÁLVAREZ**, devengó durante su último año de servicios previo a adquirir el estatus pensional -28 de diciembre de 2009 – 28 de diciembre de 2010- además del sueldo básico mensual, los siguientes factores salariales: prima vacacional docente y prima de navidad¹⁴.

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

DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL "U.G.P.P". Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

¹³ Folios 9 - 11 cuaderno de primera instancia.

¹⁴ Constancia de factores salariales visible a Fl. 13, cuaderno de primera instancia.

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 demandado debía declararse nulo, toda vez que la mesada pensional de la accionante, fue liquidada meramente con la asignación básica y la prima de vacaciones, como factores salariales, debiéndose reconocer en el procedimiento liquidatorio, las demás sumas de dinero que recibió aquella como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicio previo a adquirir su estatus pensional (28 de diciembre de 2009 – 28 de diciembre de 2010), esto es, además de la asignación básica y la prima vacacional docente, **la prima de navidad.**

Es de clarificar en este punto, que congruente con lo pretendido en demanda y el hecho de que la accionante aún no se ha retirado del servicio, tal y como se referencia a folio 12 del expediente, la reliquidación se hará sobre el último año de servicios previo a adquirir el estatus pensional y no sobre el último año de servicios, en tanto el mismo no se ha logrado aún.

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 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 1º 2º y 3º 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.

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 13 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 el 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.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0119/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA