



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR  
Valledupar, once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL -APELACIÓN SENTENCIA  
DEMANDANTE: ELIZABETH MARÍA MÁRQUEZ BORNACELLI  
DEMANDADA: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
RADICACIÓN 20-001-33-33-002-2017-00335-01  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

## I.- ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial el 25 de febrero de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## II. ANTECEDENTES PROCESALES

Pretensiones. La parte demandante solicita que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0295 del 9 de junio de 2014, expedida por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, en cuanto le reconoció la pensión de jubilación a la señora ELIZABETH MARÍA MÁRQUEZ BORNACELLI y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionada.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 18 de enero de 2014, equivalente *“al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado, que son los que constituyen la base de liquidación pensional”*.

Que del valor de la condena se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución No. 0295 del 9 de junio de 2014.

Que se ordene a la entidad demandada el pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado, y que sobre el monto inicial de la pensión reconocida aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley.

Que se ordene dar cumplimiento al fallo tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA, y el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en la mesadas pensionales decretadas.

Que se reconozcan y paguen los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena, y que se condene en costas y a la entidad demandada.

Hechos. La apoderada manifiesta que la señora ELIZABETH MARÍA MÁRQUEZ BORNACELLI, laboró más de veinte (20) años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la Ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación.

Sostiene que la base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó solo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, horas extras y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionada.

Normas violadas y concepto de la violación. Se citan como vulneradas las siguientes disposiciones: el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985 y el Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión de jubilación para el presente caso es la establecida en la Ley 91 de 1989, y que la inclusión reclamada se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, teniendo en cuenta para efectos del cálculo del valor de la mesada pensional todos los factores salariales que devengó durante el último año de prestación del servicio.

Sostiene que el acto administrativo de reconocimiento de pensión de jubilación no se ajusta a derecho, toda vez que para definir el valor de la mesada pensional excluyó alguno de los factores pensionales que devengó en el último año de servicio.

Providencia recurrida. El Juzgado de primera instancia mediante sentencia de fecha 25 de febrero de 2019, negó las pretensiones de la demanda, manifestando que la vinculación inicial se dio el 17 de enero de 1994, fecha anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, 27 de junio de 2003, lo que determina que el régimen pensional aplicable es el contenido en la Ley 33 de 1985.

Señala que de acuerdo con la Resolución No.0295 del 9 de junio de 2014, puede ver que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho por cuanto liquidó la prestación en un porcentaje del 75%, con la inclusión del factor salarial de sueldo básico y prima de vacaciones, devengado en el último año, dando como resultado un valor de \$2.085.633, a partir del 18 de enero de 2014; prestación que está bien liquidada de conformidad con los lineamientos expuestos por el Consejo de Estado en sentencia de 28 de agosto de 2018, expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, en aras de atender las reglas jurisprudenciales en materia de ingreso base de liquidación.

Dice que la prima de navidad no es un factor de liquidación de prestaciones de los docentes de vinculación nacional, situación en la que se encontraba la demandante. Por lo tanto, no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado al tenor del artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, por lo que se despacharán de manera desfavorable todas las súplicas de la demanda.

Recurso de apelación. La apoderada de la demandante, solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, manifestando que las reglas de unificación contenidas en la sentencia SU de 28 de agosto de 2018 no son aplicables a los trabajadores del magisterio colombiano, ya que en esta se definen las reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores que son cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de la cual están excluidos expresamente los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 (artículo 279).

Aduce que no se puede atribuir a los trabajadores, que son docentes al servicio de la educación pública y que a través del tiempo han logrado reconocimientos laborales, que se consolidan en nuevos factores salariales posteriores a la expedición de la Ley 33 y 62 de 1985, que en su pensión de jubilación no sean tenidos en cuenta los emolumentos por ellos recibidos, por una omisión del encargado de las liquidaciones, en hacer los descuentos correspondientes, pues se soslayarían los derechos por los que han trabajado por más de 20 años.

Dice que la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, se ajustaba más a los principios que rigen las relaciones laborales y además ilustra como reparar el detrimento fiscal, que causó en su momento el descuido del encargado de liquidar los pagos en la entidad territorial nominadora, reliquidando la pensión de jubilación y realizando los respectivos descuentos.

Advierte que la situación que hoy se presenta merece una especial protección del Estado, toda vez que no puede suceder que por el retraso de la justicia para tramitar un proceso que debió haberse expedido hace más de 1 año, el Despacho no acoja el precedente que venía aplicando, sino que en su lugar, acoja un nuevo lineamiento defraudando la confianza legítima que impulsó al actor a iniciar el presente proceso, ya que mediante las sentencias proferidas con anterioridad por ese mismo Despacho se les reconoció el derecho a otros docentes, aplicando lo establecido en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, la cual se encontraba vigente a la fecha de radicación de la presente demanda.

Considera que en aplicación de la retrospectividad y del principio de favorabilidad, a los trabajadores cobijados por la Ley 33 de 1985, como es el caso de la demandante, que consolidaron su derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, se le deben incluir los factores salariales devengados en el año anterior al reconocimiento pensional, pues debe aplicarse para ellos los lineamientos establecidos en la sentencia de unificación del Consejo de Estado emitida el 26 de agosto de 2010.

Refiere que si bien la sentencia en su parte motiva, establece que “deben incluirse como base para la liquidación de la pensión exclusivamente los factores sobre los que se efectuaron cotizaciones” no se evidenció oportunidad procesal, para que se acreditara como prueba el certificado donde se establecieran los aportes al sistema de seguridad social, ni se indagará al respecto.

Alegatos de conclusión. En esta oportunidad procesal, la parte demandante, solicita que se revoque lo decidido por el *a quo*, reiterando las razones expresadas en el recurso de apelación y los argumentos expuestos en el acápite del concepto de violación del escrito de la demanda, esto es, el derecho que tiene la demandante a que se le reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de

todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, tal como lo reconoce el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 26 de agosto de 2010, en la que se determina que los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985, no deben interpretarse de forma taxativa sino meramente enunciativa, pues de lo contrario se vulneraría el principio de progresividad, igualdad y de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Reitera que teniendo en cuenta que la vinculación de la actora fue con anterioridad al 26 de junio de 2003, le son aplicables las normas de la Ley 91 de 1989, según la cual los docentes tienen derecho a la pensión de jubilación establecida en la norma vigente para los empleados del sector público nacional, esto es, la Ley 33 de 1985, en cuanto a los requisitos de tiempo y edad y en cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, es decir, el IBL se le debe aplicar la norma especial de la Ley 91 de 1989, que dice: "se les reconocerá una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año, sin indicar que sean o no los que sirvieron de base para realizar los aportes.

Insiste en que las reglas de unificación de la sentencia de 28 de agosto de 2018, no le son aplicables a los docentes, por estar exceptuados expresamente de la aplicación del régimen de prima media que se consolidó en la Ley 100/1993, siendo las reglas del ingreso base de liquidación de los trabajadores cobijados por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la que en ella se definió.

Por su parte, la entidad demandada manifiesta que como quiera que en el presente caso se discute precisamente lo concerniente a la reliquidación de pensión con inclusión de factores salariales, resulta absolutamente procedente la aplicación de la sentencia de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado del día 25 de abril de 2019, Consejero Ponente Dr. CESAR PALOMINO CORTÉS, Rad. 680012333000201500569-01, donde se indicó que en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

También se dijo en la citada jurisprudencia que los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Solicita se confirme la sentencia de primera instancia, en cuanto fueron negadas en su totalidad las pretensiones de la demanda.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 25 de febrero de 2019, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, recurso que se fundamenta, en que, en el presente caso la señora ELIZABETH MARÍA MÁRQUEZ BORNACELLI tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio.

Antes de todo, debe aclararse que esta Corporación en anteriores oportunidades aplicó la tesis planteada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de fecha 28 de agosto de 2018, Consejero Ponente Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, dentro del proceso radicado con el No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, en cuanto a la reliquidación pensional de los servidores públicos, la cual pese a que no había sido emitida en un caso como el que se analiza en esta oportunidad, por tratarse de un afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indiscutiblemente trazaba el camino a seguir en este tipo de circunstancias, ya que definió una serie de subreglas, las cuales podían ser empleadas como herramientas a la hora de resolver problemas jurídicos como el que nos atañe en esta oportunidad.

En efecto, en dicha providencia la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo estableció la siguiente subregla en lo atinente a la reliquidación de las pensiones, con base a los factores salariales a tener en cuenta:

“(…)

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para

la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

(...)

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a

*la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.”* (Sic para todo lo transcrito) (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Según este criterio, no resulta procedente la reliquidación prestacional con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante todo el tiempo en que prestó sus servicios, sino que sólo deben ser incluidos los factores salariales devengados señalados en la ley y sobre los cuales se hubiese efectuado los aportes, norma jurídica o regla de interpretación que contiene una tesis distinta a la que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Ahora, es cierto tal como lo expone la apelante, que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no se ocupó del estudio del régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 “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”. Sin embargo, hizo mención a la normativa aplicable a los docentes concretamente, al Literal B del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, para precisar lo siguiente:

*I. “Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003) tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, por así disponerlo el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 «...».*

*II. “Es decir, si la vinculación al servicio docente fue con anterioridad a dicha fecha, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, como se dijo, la Ley 91 de 1989 (artículo 15) «...».*

*III. “Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003)”*

No obstante lo anterior, precisamente en razón a que se alegaba que dicha sentencia de unificación no constituía precedente frente al régimen pensional de los docentes, recientemente la Sección Segunda<sup>1</sup> en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, sentó jurisprudencia concretamente frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

<sup>1</sup> Sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, C.P. Dr. César Palomino Cortés, Exp. 680012333000201500569-01, No. Interno 0935-2017.

Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, y acogió el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la plurimencionada sentencia del 28 de agosto de 2018, fijando la siguiente regla:

*“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”.*

En virtud de lo anterior, es claro que al momento de resolver asuntos como el que hoy se discute, por su carácter vinculante y obligatorio se debe aplicar en su integridad el nuevo precedente del Consejo de Estado, en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar las pensiones para los docentes, en el entendido que para la liquidación pensional deberá tenerse en cuenta únicamente los factores salariales devengados por éstos en el último año de servicios y/o en el último año antes de adquirir el status, siempre que se encuentren enlistados en la ley y sobre los mismos se hubieren realizado los respectivos aportes.

En ese orden de ideas, en el presente caso, a la liquidación de la pensión de la demandante, no se le pueden incluir factores adicionales a los señalados por la ley, así hayan sido devengados por el servidor durante el tiempo en que prestó sus servicios.

En consecuencia, atendiendo el precedente jurisprudencial de unificación reciente de la Sala Plena del Consejo de Estado, a la demandante no le asiste el derecho de que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados mientras prestó el servicio, como quiera que no existe prueba en el expediente de que sobre éstos se hubiesen efectuado los aportes, siendo esta una carga procesal exclusiva de la parte demandante, sin que sea posible que el Juez subsane las falencias probatorias de quien corresponde demostrar los hechos que alega, además por cuanto los factores solicitados no se encuentran señalados en la ley.

Así las cosas, al analizar el acto administrativo<sup>2</sup> que reconoció la pensión de jubilación a la actora, acota la Sala, que la entidad incluyó como factores salariales en la base de liquidación, además de la asignación básica, la prima de vacaciones, este último factor no está incluido en la Ley 62 de 1985 dentro de los que sirven de base para calcular los aportes y por tanto conforman la base de liquidación. Sin embargo, el acto administrativo conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión iba dirigida a que se incluyeran factores adicionales a los reconocidos por la entidad. El acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda a través de este medio de control.

---

<sup>2</sup> Ver folios 4 a 5.



El control de legalidad del acto administrativo dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho no puede desbordar el objeto del litigio fijado, pues de ser así, se afectarían principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

La actora pretende que además sean incluidos en la base de liquidación de su pensión de jubilación los siguientes factores: prima de navidad, prima de servicios, prima de antigüedad, horas extras y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

Al respecto, está acreditado en el expediente que la demandante durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado devengó además de la asignación básica y prima de vacaciones, los siguientes factores salariales: sueldo de vacaciones, prima de antigüedad empleados municipales, prima de navidad, y prima de servicios.

Sobre dichos factores hay que decir que el sueldo de vacaciones, la prima de navidad y la prima de servicios, no podían ser incluidos por la entidad demandada en la base de liquidación prestacional de la actora, como quiera que los mismos no se encuentran enlistados en la Ley 62 de 1985, como factores que conforman la base de liquidación pensional.

Ahora, en cuanto a la prima de antigüedad empleados municipales, es de anotar que esta sí se encuentra enlistada dentro de los factores establecidos en la Ley 62 de 1985, para tal fin. No obstante, debe precisarse que en reiteradas ocasiones la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, que cuando la prima de antigüedad tiene como fuente un acto de una entidad colegiada del orden territorial, ésta no puede ser tenida en cuenta como factor salarial, como quiera que la autoridad territorial se arrogó competencias que están destinadas para el Congreso de la República, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política.<sup>3</sup>

Respecto a esto, también debe anotarse, que este Tribunal, con ponencia de la Magistrada doctora Doris Pinzón Amado, dentro del proceso radicado 20-001-23-31-004-2011-00290-00, mediante sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, declaró la nulidad del Acuerdo Municipal No. 13 del 14 de abril de 1983, por medio del cual el Concejo Municipal de Valledupar creó la prima de antigüedad para los empleados municipales, por considerar que dicha Corporación no tenía competencia para crearla, siendo su competencia exclusiva del legislador. Así señaló en esa oportunidad este Tribunal:

*“De la lectura de las normas anteriores, se advierte que ni a los Concejos Municipales ni a las Asambleas Departamentales se les atribuyó competencia para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados de estos órdenes, facultad que quedó radicada exclusivamente en el Congreso de la República o del Presidente de la República.*

<sup>3</sup> Sección Segunda, Consejo de Estado, providencia de fecha 8 de septiembre de 2016, radicado: 080012333000201400018 01, radicado interno 4840-2015, M.P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

Así lo manifestó el Consejo de Estado en sentencia del 29 de octubre de 2009, Radicación número: 68001-23-15-000-2003-02753-01(0063-08), con ponencia de la Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez:

*“Al respecto esta Sala ha reiterado que la Constitución Nacional de 1886 no le otorgaba la competencia a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y Distritales para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados de estos órdenes, pues los artículos 76, numeral 9, y 120, numeral 21, consagraron la facultad exclusiva del Congreso de la República o del Presidente de la República, de fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos, incluido el de los del nivel territorial...”<sup>4</sup> –Sic para lo transcrito-*

#### 5.- CASO CONCRETO.-

*Descendiendo al caso concreto, y tomando en consideración la normatividad Constitucional y la Jurisprudencia que se acaba de exponer, encuentra la Sala que el Consejo Municipal de Valledupar no contaba en el año 1983 con la competencia para expedir el Acuerdo Municipal No. 13 de 1983, por medio del cual se creó la prima de antigüedad para los empleados municipales, dado que la creación de dicha prima, por constituir un factor salarial, era de competencia exclusiva del Legislador.*

*En virtud de lo anterior, las excepciones propuestas por el Apoderado del Sindicato de Trabajadores Públicos de la Alcaldía de Valledupar SINSERPUAL no tienen vocación de prosperidad, y en consecuencia, esta Corporación decretará la nulidad del Acuerdo Municipal No. 13 de 1983.” (Sic para lo transcrito).*

Aunado a lo anterior, en un caso similar al que aquí se discute, este Tribunal encontró acreditado que la prima de antigüedad que devengaban en su momento los docentes pertenecientes al ente municipal, fue creada por el Concejo Municipal, por lo que ello corrobora que al ser una creación ilegal, dicho emolumento no puede ser tenido en cuenta para efectos de ser reconocido como factor salarial, así se señaló en esa oportunidad:

*“En el presente asunto, mediante oficio de fecha 11 de noviembre de 2016, visto a folio 219, el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, certificó que la prima de antigüedad cancelada al señor PEDRO JUAN TORRES FLÓREZ, se le otorgó a partir del año 2012, pues fue creada en virtud del Acuerdo Municipal No. 13 del 14 de abril de 1983, proferido por el Concejo Municipal de Valledupar, por lo que claramente, dicha autoridad no estaba facultada para fijar el régimen salarial ni prestacional a los empleados municipales, circunstancia que conlleva a que la misma no sea tenida en cuenta como factor salarial en el reconocimiento prestacional del demandante.”<sup>5</sup>*

En tanto, no existe duda que la prima de antigüedad cancelada a la demandante, fue creada a través de un acuerdo municipal, por lo que claramente, el Concejo Municipal no estaba facultado para fijar el régimen salarial ni prestacional a los

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 29 de octubre de 2009. Radicación número: 68001-23-15-000-2003-02753-01(0063-08), Magistrada Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

<sup>5</sup> Sentencia de fecha 1° de junio de 2018, actor: Pedro Juan Torres contra la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. Dr. José Antonio Aponte Olivella.

empleados municipales, circunstancia que conlleva a que la misma no sea tenida en cuenta como factor salarial en el reconocimiento prestacional de la demandante, pese a que dicho factor hubiese sido devengado en el último año de servicios y se encuentre enlistado en la ley.

Del mismo modo, Consejo de Estado, ha sido reiterativo en el tema manifestando que si el factor devengado en el último año de servicio, fue creado por fuera del marco de competencias, éste no puede ser incluido en la base de liquidación pensional:

*“Si bien la sentencia de unificación de esta Corporación antes citada, prescribe que se deben incluir todos los factores salariales devengados de manera habitual en el último año de servicios para que hagan parte de la base de liquidación pensional, sin importar su denominación y la entidad certificó qué conceptos fueron devengados, lo cierto es, que no es posible su inclusión en la base de liquidación de la pensión, en razón a que su creación y reconocimiento se hicieron por fuera del marco legal de competencias y no se puede validar cuando en efecto su fundamento es ilegal o inconstitucional.*

*La Sección Segunda - Subsección B, con ponencia de la Doctora Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), en sentencia de 4 de julio de 2013, Expediente: 050012331000200102924 01 (0033-2013), actor: Marco Fidel Suárez Mesa, consideró que no era posible incluir factores salariales. Tratándose de la pensión de jubilación cuando estos provienen de disposiciones municipales tales como Acuerdos o Decretos, de la siguiente manera:*

*“Ahora bien, de acuerdo con el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991 al Congreso de la República le corresponde fijar las normas generales a las que debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar los requisitos y condiciones del reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados públicos, por lo que es ilegal cualquier disposición, referente a: (a) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (b) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a esto tópico. En ese sentido, los demás factores salariales que percibió el demandante, tales como, las primas de vida cara y aguinaldo, los cuales fueron creados por el Acuerdo Nos. 29 de 1.978 y el Decreto Municipal No. 120 de 1983, razón por la cual es posible tenerlos en cuenta dentro de la liquidación pensional, por cuanto fueron concebidos con total desconocimiento de las normas superiores, situación que hace imposible su reconocimiento, pues no le es dable al Juez prohiar derechos cuyo fundamento es inconstitucional e ilegal”.*<sup>6</sup>

Resumiendo, en el presente asunto, a la demandante no le asiste el derecho de que su mesada pensional sea reliquidada, con la inclusión de la prima de antigüedad, toda vez que si bien es cierto esta se encuentra enlistada en la ley y esté acreditado que la devengó en su último año de servicios, no debe ser incluida en la base de su liquidación, porque dicha prima es un factor de creación extralegal, tal como se expresó en precedencia.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia de fecha 13 de febrero de 2014, radicado: 25000-23-25-000-2011-01355-01(2378-12), M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

De este modo, será confirmada la sentencia apelada, que negó las súplicas de la demanda, toda vez que de acuerdo con la reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado, no es posible ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación de los docentes con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios, sino solo sobre aquellos que se efectuaron los aportes al sistema y están previstos en la Ley 62 de 1985, conforme se explicó precedentemente.

No habrá condena en costas, por no haberse probado su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el día 25 de febrero de 2019, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda, por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Reconocer personería a los doctores LUÍS ALFREDO SANABRIA RÍOS y ANGIE MARCELA ALFONSO BONILLA, como apoderados principal y sustituta respectivamente de la Nación -Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos y para los efectos a que se contrae el poder conferido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 083.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado

  
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
Magistrado