



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: NUBIA ESTHER FUENTES JIMÉNEZ

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

RADICADO: 20-001-33-33-007-2018-00090-01

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I.- ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, en audiencia inicial celebrada el día 30 de agosto de 2018, por medio de la cual, accedió a las súplicas de la demanda, así:

**“PRIMERO:** Declárese la nulidad parcial de la Resolución No. 00090 de fecha 14 de febrero de 2017, expedida por la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR**, en lo que respecta al monto de la pensión de jubilación de la señora **NUBIA ESTHER FUENTES JIMÉNEZ**, de conformidad lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, se ordena a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, a través del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, que incluya en la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la docente **NUBIA ESTHER FUENTES JIMÉNEZ**, los factores salariales acreditados por esta, como docente al servicio del Municipio de Valledupar, devengados en el último año de servicio, es decir, HE adultos G 12, 13 y 14 D.2277 , sueldo de vacaciones, prima de antigüedad, prima de navidad y prima de servicios.

**TERCERO:** Se autoriza a la entidad demandada **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, para deducir los aportes que se debieron realizar sobre los valores que se ordena adicionar en este fallo, en el caso que hayan sido previamente descontados.

**CUARTO:** Al efectuarse la reliquidación de las mesadas pensionales, la entidad demandada debe aplicar el ajuste de valores contemplado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a efecto de que ésta se pague con su valor actualizado, conforme a la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 *ibídem*.

**SEXTO:** No se condenará en costas, en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEPTIMO:** En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** a la demandante el excedente, si los hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XX y archívese el expediente(...).<sup>1</sup> (Sic para lo transcrito).

## II.- ANTECEDENTES.-

### 2.1.- HECHOS.-

Se resume de la siguiente manera:

Relató la apoderada de la señora NUBIA ESTHER FUENTES JIMÉNEZ, que ésta prestó sus servicios como docente por más de 20 años, razón por la cual le fue reconocida una pensión de jubilación a partir del 13 de abril de 2011 por cumplir con los requisitos exigidos por la ley, sin embargo, en ella no se incluyeron todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado.

### 2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 090 del 14 de febrero del 2017, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, por medio de la cual se reconoció una pensión de jubilación a la señora NUBIA ESTHER FUENTES JIMÉNEZ.

Que se declare que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 12 de diciembre de 2016, equivalente al 75% del promedio de los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status de pensionado.

Como consecuencia de lo anterior, solicita a título de restablecimiento del derecho que se condene a la entidad demandada, a reconocer y ordenar la pensión de jubilación de la demandante, a partir del 12 de diciembre de 2016, en el equivalente al 75% del promedio de los salarios y todos los factores salariales devengados en el último año antes de adquirir el status de pensionada.

Que se hagan los descuentos y reajustes de ley y se cancelen las mesadas atrasadas desde cuando se consolidó el derecho y hasta la inclusión en nómina de pensionados.

Así mismo solicitó, que la entidad demandada dé cumplimiento al fallo dentro del término señalado en el artículo 192 y siguientes del CPACA, se cancelen los ajustes de valor, los intereses moratorios y se condene en costas.

---

<sup>1</sup> Ver folios 60 respaldo y 61.

### 2.3.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contestó la demanda.

### III.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Valledupar en audiencia inicial, accedió a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso, y del material probatorio recaudado, consideró el a quo, que la demandante tenía derecho a la reliquidación de su beneficio pensional, incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior al status jurídico, de conformidad con la tesis de vieja data del órgano de cierre de esta jurisdicción.

En virtud de lo anterior, declaró la nulidad del acto acusado, y, condenó a la entidad demandada en los términos señalados al inicio de esta providencia.

### IV.- RECURSO INTERPUESTO.-

El Procurador 75 judicial I para asuntos administrativos presenta recurso de apelación, para efectos de que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, pues considera que en la providencia el *a quo* declaró la nulidad del acto administrativo acusado y ordenó reliquidar la mesada pensional ordenando incluir el factor salarial prima de antigüedad, obviando que la misma no es un factor de creación legal, por lo que no debe tener incidencia prestacional, al haber sido creada por autoridad territorial con posterioridad al acto legislativo de 1968, momento desde el cual ésta no tenía competencia para crear emolumentos a favor de empleados públicos.

Sostiene, que si bien la denominada prima de antigüedad empleados municipales fue devengada en el último año de servicios, ella no constituye un factor de creación legal, puesto que dicha prima de antigüedad fue creada para empleados públicos del orden territorial a través de actos administrativos, buscando asimilarse a la prima de creación legal, es decir, que tiene la condición de prima extralegal, sin que este tipo de factores o emolumentos sean tenidos en cuenta para liquidar las pensiones de jubilación reconocidas a los administrados.

### V.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

Sólo presentó sus alegaciones finales la apoderada de la parte actora trayendo a colación diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado y demás Tribunales del país, con el ánimo de señalar, que la sentencia de unificación sobre factores salariales del 28 de agosto de 2018, no debe ser tenida en cuenta para los docentes, pues ello sólo es para las personas amparadas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Aduce, que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, como quiera que existen certificaciones que acreditan cuales factores salariales devengó la demandante en el último año antes de adquirir el status de pensionado, debiendo ser incluidos todos en la reliquidación pensional.

El Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

## VI.- CONSIDERACIONES.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

### 6.1.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El presente asunto se contrae a determinar, si le asiste o no el derecho a la señora NUBIA ESTHER FUENTES JIMÉNEZ, a que se le reliquide la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida por la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicio y/o en el año anterior de adquirir el estatus pensional, incluyendo la prima de antigüedad.

### 6.2.- CUESTIONES PREVIAS.-

En primer lugar, si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces emitir los fallos en el orden en que haya pasado el expediente al despacho para tal fin, también lo es que en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden puede modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos, por solicitud del Ministerio Público dada su importancia jurídica y trascendencia social, o cuando el asunto a debatir sea de aquellos que ya han tenido pronunciamiento similares, de conformidad con el criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sesión del 25 de abril de 2013<sup>2</sup>, tal como es el caso que nos ocupa.

En segundo lugar, como quiera que la juez de primera instancia para resolver el asunto de autos, aplicó el precedente de vieja data del Consejo de Estado, de fecha 4 de agosto de 2010 en cuanto a la reliquidación pensional con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios y/o en el año anterior de adquirir el estatus pensional, según el caso, es menester aclararle que en reciente sentencia de unificación radicado 52001-23-33-000-2012-00143-01, M.P César Palomino Cortés, de fecha 28 de agosto de 2018, la Sala Plena de esa Corporación cambió el anterior criterio, señalando que esa tesis se adoptó a partir del alcance y sentido del concepto de salario y factor salarial, no obstante determinaron, que ello traspasaba la voluntad del legislador quien enlistó los factores que conformaban la base de liquidación pensional y a éstos es que se debía limitar dicha base, así se indicó en la sentencia en cita:

“(...)

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

<sup>2</sup> Acta No. 010.

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.” (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

Debe decirse, que el argumento central que motivó este cambio de jurisprudencia en el Consejo de Estado, fue la sujeción al principio de solidaridad como uno de los principios del Estado Social de Derecho, argumentando que el nuevo criterio interpretativo se ajustaba más al artículo 48 de la Constitución Política, así:

“(…)

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.” (Sic para lo transcrito) (Subrayas fuera del texto)

Se aclara, que si bien es cierto la sentencia de unificación transcrita opera únicamente para los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, en el cual lógicamente no se incluye a los docentes, no es menos cierto que al aplicarse el criterio interpretativo consagrado en la sentencia del 4 de agosto de 2010, el cual como se señaló, fue cambiado por la máxima Corporación en la sentencia que se transcribe, ello es motivo suficiente para que en tales asuntos, se deje de utilizar como referencia la sentencia del 4 de agosto de 2010, acogiendo por el contrario apartes de la nueva sentencia de unificación, en lo referente a los factores salariales que deben servir de base para la liquidación pensional.

En virtud de lo anterior, 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 de aquellos a quienes se les aplique la Ley 33 de 1985, 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 hubiere realizado los respectivos aportes.

Es menester señalar, que en un caso similar al presente, la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado<sup>3</sup>, negó la reliquidación pensional de un docente con la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, dando aplicación a la sentencia de unificación de la Sala Plena de esa corporación de fecha 28 de agosto de 2018, Consejero Ponente: doctor César Palomino Cortés, Expediente 2012-00143-01, Demandante: Gladis Del Carmen Guerrero De Montenegro. Dijo lo siguiente:

“(…)

*Y concluyó 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 garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.*

*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.*

*En este punto es importante precisar que la Sala Plena dejó establecido que la regla jurisprudencial referida anteriormente, así como la primera subregla, referida al periodo que debe tomarse para efectuar la liquidación, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.*

<sup>3</sup> Sentencia de 10 de octubre de 2018, C.P. Dr. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Radicación: 05001 23 33 000 2015 00871 01 (3058-17), Actor: María Victoria Bustamante García, Demandado: Nación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación de Medellín.

En tal sentido, advirtió que 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. 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).

Con fundamento en lo anterior, la Sala advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la señora María Victoria Bustamante García, tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, como lo dispuso el a quo.” (Sic para lo transcrito)

Más aún, en reciente sentencia de unificación, el Consejo de Estado<sup>4</sup> dejó establecido cuales son los factores salariales que deben ser reconocidos en las pensiones a los docentes, señalando claramente que sólo aquellos que hubieren sido devengados en el último año, siempre y cuando estén enlistados en la ley y se hubieren efectuado aportes, así:

**“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 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

1. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda 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.

2. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

3. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.

4. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado SUJ-014-CE-S2-2019 de fecha 25 de abril de 2019, expediente: 68001233300020150056, No. Interno: 0935-2017, M.P Cesar Palomino Cortés.

Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

5. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%
- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **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.**

(...)

#### v. Efectos de la presente decisión

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen **valor vinculante** por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política . Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y **carácter vinculante y obligatorio**”.

74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en 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.” (Sic para lo transcrito)

### 6.3.- CASO CONCRETO.-

Aclarado lo anterior, para efectos de puntualizar el derecho pretendido, corresponde a esta Sala de Decisión, en primer lugar, realizar un análisis de los hechos probados en el proceso, en lo pertinente, así:

Que mediante Resolución No. 00090 del 14 de febrero de 2017, la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a la señora NUBIA ESTHER FUENTES JIMÉNEZ una pensión mensual vitalicia de jubilación, estableciendo como factores salariales el sueldo básico y la prima de vacaciones. (Folios 4 y 5).

Así mismo se constata en la misma resolución, que la señora NUBIA ESTHER FUENTES JIMÉNEZ, laboró por más de 20 años al servicio del Estado, siendo vinculada a la docencia a partir del 7 de diciembre de 1994. (Ibídem)

Asimismo se encuentra acreditado, que la señora NUBIA ESTHER FUENTES JIMÉNEZ en el último año de servicios (2015-2016), devengó los siguientes factores salariales: la asignación básica (sueldo), HE Adultos G.12, 13 y 14 D.2277, sueldo de vacaciones, prima de antigüedad empleados municipales, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, tal y como consta en el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios, expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar. (Folio 6).

Ahora bien, en el asunto de marras no está en discusión, que a la demandante le era aplicable la Ley 33 de 1985, ello en virtud de la fecha de su vinculación a la docencia, por lo tanto sí tenía derecho a que su mesada pensional fue reliquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en consecuencia, lo que se constituye en motivo de análisis en esta instancia, es establecer, si le asiste el derecho o no de que su prestación sea reliquidada en el sentido de incluir todos los que acreditó fueron devengados en el último año de servicios, incluida la prima de antigüedad, o si por el contrario, tal como aduce el Ministerio Público en el recurso de apelación, éste no puede ser factor salarial de liquidación o reliquidación prestacional.

Así las cosas, acota este Tribunal, que durante el último año de servicios (2015-2016), la hoy demandante devengó otros factores salariales distintos a los tenidos en cuenta en el reconocimiento pensional, según el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios, expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, tales como: HE Adultos G.12, 13 y 14 D.2277, sueldo de vacaciones, prima de antigüedad empleados municipales, prima de navidad y prima de servicios<sup>5</sup>.

En consecuencia, atendiendo el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, y los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad e igualdad, pues el beneficiario tiene derecho a optar por el régimen más favorable, esto es, el establecido en la Ley 33 de 1985, el cual se mantuvo para los docentes oficiales, en virtud del régimen de transición establecido en la Ley 91 de 1989, es evidente que la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocer y ordenar el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación de la señora NUBIA ESTHER FUENTES JIMÉNEZ, debió tener en cuenta para dichos efectos, el 75% de todos los factores salariales

---

<sup>5</sup> Folio 6.

devengados en el último año de servicios, siempre y cuando éstos estuvieran enlistados en la ley y se hubieran efectuado los aportes respectivos, de conformidad con la nueva tesis dictada por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la cual será acogida por este Tribunal en el asunto bajo estudio, por ser de carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento.

Ahora, la Ley 62 de 1985, la cual se le aplica a la demandante, señala en forma taxativa los factores salariales que sirven de base para la liquidación pensional, por lo tanto, es sobre dicha base sobre la cual debe fundamentarse la liquidación efectuada por la entidad demandada, estos son: 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 ese orden de ideas, acota este Tribunal que los factores que fueron acreditados como devengados por la actora en el último año de servicios, y, que fueron ordenados por la juez de primera instancia que se incluyeran en la base de liquidación (HE Adultos G.12, 13 y 14 D.2277, sueldo de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios), no todos se encuentran enlistados en la ley, únicamente la prima de antigüedad que sí aparece enlistada y devengada por la actora, por lo tanto, no es posible ordenar la inclusión de éstos, en atención al precedente de unificación ya mencionado.

Adicionalmente, en cuanto al factor denominado sueldo de vacaciones, éste además de no estar enlistado en la ley, tampoco puede ser tenido en cuenta en la base de la liquidación pensional, pues no constituye factor salarial, tal como reiteradamente lo ha señalado el Consejo de Estado, así:

*“Sin embargo, la Sala se permite precisar, que las vacaciones constituyen un derecho del trabajador a recibir un descanso remunerado, que no tienen carácter prestacional, puesto que no son un auxilio del patrono, como tampoco carácter salarial, al no retribuir un servicio prestado, por lo tanto el sueldo de vacaciones no se puede incluir dentro de la base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante.”* (Sic para lo transcrito)

Ahora bien, en cuanto al emolumento denominado prima de antigüedad, el cual si bien como ya se advirtió, está contemplado como factor salarial a tener en cuenta en la Ley 62 de 1985, también lo es que tal como acertadamente indica el Ministerio Público, 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>6</sup>

Debe recordarse, que este Tribunal, con ponencia de la Magistrada 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

<sup>6</sup> Sección Segunda, Consejo de Estado, providencia de fecha 8 de septiembre de 2016, radicado: 080012333000201400018 01, radicado interno 4840-2015, M.P SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

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 Consejos 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.*

*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>7</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)*

Adicionalmente, 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*

<sup>7</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), Magistrado Ponente: Bertha Lucia Ramirez de Páez.

*misma no sea tenida en cuenta como factor salarial en el reconocimiento prestacional del demandante.”<sup>8</sup> (Sic para lo transcrito)*

En ese orden de ideas, 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 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.

Lo anterior, ha sido tema reiterativo del Consejo de Estado, quienes han determinado 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 Ramirez 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>9</sup> (Sic para lo transcrito) (subrayas fuera del texto).*

<sup>8</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 José Antonio Aponte Olivella.

<sup>9</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 Alfonso Vargas Rincón.

En virtud de lo anterior, en el presente asunto, a la señora NUBIA ESTHER FUENTES JIMÉNEZ, no le asiste el derecho de que su mesada pensional sea reliquidada tal como ordenó el a quo, pues en primer lugar, no todos los factores salariales devengados por la actora en el último año de servicios se encuentran enlistados en la ley, y, en segundo lugar, por cuanto el factor salarial que sí está contemplado legalmente, esto es la prima de antigüedad, no debe ser incluida en la base de su liquidación, aunque esté acreditado que la devengó en su último año de servicios, pues es un factor de creación extralegal, de conformidad con las motivaciones expresadas en precedencia.

Lo anterior quiere decir, que al estar encaminadas las súplicas de la demanda a que se ordenara la reliquidación de la mesada pensional, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios que no le habían sido reconocidos, y, al comprobarse que éstos no pueden ser incluidos en la base pensional, por no estar enlistados en la ley, ni ser un factor de creación legal, es evidente que las pretensiones de la demanda debían ser negadas, por cuanto no le asiste el derecho pretendido.

En ese orden de ideas, la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar debe ser revocada en su totalidad.

Por último, como en esta instancia no se observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en el proceso de la referencia, no procede la condena en costas.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por ministerio de la ley,

#### FALLA

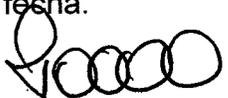
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, esto es, la proferida en audiencia inicial por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, el día 30 de agosto de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. En su lugar, NIÉGUENSE las súplicas de la demanda.

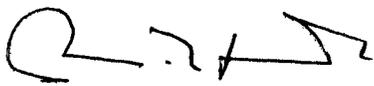
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

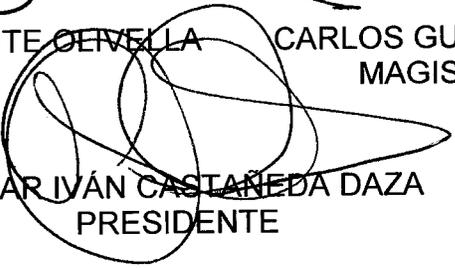
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y Cúmplase

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de decisión No. 060, efectuada en la fecha.

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
MAGISTRADO

  
CARLOS GUECHÁ MEDINA  
MAGISTRADO

  
OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA  
PRESIDENTE