TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 172

TEMAS:	SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN DEL PERSONAL DOCENTE NACIONAL – APLICACIÓN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN
INSTANCIA:	SEGUNDA

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO contra la sentencia proferida el 26 de mayo de 2014 por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por ELISEO JULIO ORTEGA, a través de la cual se accedieron parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente[1]:

1.1.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 0607 de octubre 30 de 2009, emanada del Secretario de Educación Departamental de Sucre, que en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, expidió el acto precitado.

1.1.2. Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación, Ministerio de Educación y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de jubilación reconocida al demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales a que por ley tiene derecho, tales como: Prima de navidad, prima vacacional, prima de alimentación, prima semestral, sobresueldo, horas extras y los demás conceptos dejados de cancelar durante el año inmediatamente anterior a la causación de su derecho.

1.1.3. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia proferida en este proceso, dentro de los términos previstos en el inciso 2 y 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.1.4. Que la condena impuesta sea indexada, ajustando su valor al índice de precios al consumidor (IPC), artículo 187 inciso final del C.P.A.C.A.

1.1.5. Que se omita la etapa procesal del periodo probatorio, por tratarse de un asunto de pleno derecho.

---

[1] Fol. 1 del cuaderno principal.

1.1.6. Que la sentencia que se profiera en la presente demanda ordene el pago de agencias en derecho, gastos y costas procesales a los demandados, si estas llegaren a causarse.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

El accionante fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Relata que, es docente de profesión, y en tal virtud le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución N°0607 de octubre 30 de 2009, emanada Secretario de Educación Departamental de Sucre, debidamente delegada por las entidades demandadas, Nación, Ministerio de Educación y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Indica que, la resolución referida en el hecho anterior, al liquidarse no incluyó los factores salariales que percibió durante el último año de servicios, anterior a la causación de su derecho, como la prima de navidad, prima vacacional, prima de alimentación, prima semestral, sobresueldo, horas extras y demás emolumentos que habitualmente percibía hasta lograr su estatus.

1.3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes: Ley 91 de 1989 artículo 15; artículo 4 de la Ley 4 de 1976; artículo 9 de la Ley 71 de 1988; artículo 2 literal a) de la Ley 4 de 1992; artículos 29, 48, y 53 de la Constitución Nacional.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Expone que, teniendo en cuenta que el acto acusado parcialmente, por el cual se reconoció la pensión de jubilación expresa, que el actor es docente nacional,

vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que inició su labor docente el día 1 de febrero de 1987, para efectos del reconocimiento y reliquidación de sus prestaciones económicas y sociales, mantiene el régimen prestacional que ha venido disfrutando de acuerdo con la normatividad vigente, que entre otras destacamos la Ley 33 de 1985, por la cual se dictan medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, que en el artículo 1 prevé que las pensiones de los empleados oficiales serán liquidadas sobre los mismos factores que hubieran servido de base para calcular los aportes, al señalar que el empleado judicial que sirva o haya servido 20 años continuos o descontinuos o llegue a la edad de 55 años, tendrá derecho que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, y el artículo 3 de esa misma ley modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985 expuso: todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier caja de previsión, deben pagar los aportes que proveer las normas de dicha caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Asimismo, refiere que el acto parcialmente demandado no solo viola disposiciones legales, sino de rango constitucional, como los artículos 29, 48, y 53 superiores, el primero de ellos porque el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y poco receptivo con este postulado, las entidades oficiales demandadas expiden un acto administrativo que no consulta su tenor literal por escindir la prestación reconocida, excluyendo conceptos que son inherentes a la prestación principal como que solo se tuvo en cuenta en la elaboración de dicho acto la simple asignación, desconociendo los demás conceptos constitutivos de factor salarial.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 8 de agosto de 2013 (Fol. 6 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 6 de septiembre de 2013 (Fol. 23 C. Principal).
- Notificaciones: 28 de octubre de 2013 (Fol. 28 C. Principal).
- Contestación a la demanda del Ministerio de Educación Nacional: 13 de diciembre de 2013 (Fol. 34 a 50 C. Principal).
- Sentencia de primera instancia: 26 de mayo de 2014 (Fol. 62 a 67 C. Principal).
- Recurso de Apelación: 6 de junio de 2014 (Fol. 70 a 75 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso: 15 de julio de 2014 (Fol. 80 C. Principal).
- Auto que admite el recurso de apelación: 1 de agosto de 2014 (Fol. 3 Cuaderno Nº 2).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 25 de agosto de 2014 (Fol. 15 Cuaderno No. 2).

1.5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada, en término oportuno, dio respuesta a la demanda en memorial visible a folios 34 a 50.

En cuanto a los hechos, manifiesta que el hecho 1, es cierto, que posee relación con la expedición del acto administrativo demandado, de acuerdo a los documentos que obran en el expediente. El hecho 2, efectivamente para la liquidación de la pensión no se tuvo en cuenta los factores que aduce el demandante, ello con base en el ordenamiento jurídico pertinente para el caso. El hecho 3, no es un hecho, es una apreciación jurídica del apoderado del demandante. Los hechos 4, 5, 6, 7 y 8 no son hechos, son argumentos jurídicos y apreciaciones jurídicas del apoderado del demandante al respecto. El hecho 9, no es un hecho, es una apreciación jurídica del apoderado del demandante.

En lo que atañe a las pretensiones del actor, se opuso a todas y cada una de ellas por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad, proponiendo como medios exceptivos, los siguientes: i) Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, ii) Buena fe, iii) Pago, iv) Excepción genérica o innominada, v) Caducidad y vi) Prescripción.

1.5.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA[2]:

El Juez de primera instancia luego de estudiar lo concerniente a la determinación del régimen de transición y a la identificación de los factores salariales base del cálculo, determinó que el actor adquirió el estatus pensional el 8 de diciembre de 2007, y le fue reconocida la pensión de jubilación a través de la Resolución Nº 0607 de 30 de octubre de 2009, con base en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el 75% del promedio de los factores salariales mensuales devengados el último año de servicio anterior al estatus.

Por lo tanto, concluyó que el actor tiene derecho a que la entidad demandada le pague y reliquide la pensión mensual vitalicia de jubilación, con base en los presupuestos establecidos en la Ley 33 de 1985, incluyéndosele todos los factores salariales devengados el último año de servicios anterior al estatus.

1.5.3. EL RECURSO DE APELACIÓN[3]:

La parte demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO oportunamente interpuso el recurso de apelación, en el siguiente sentido:

---

[2] Fols. 62 a 67 Cuaderno principal.
[3] Fols. 70 a 75 Cuaderno principal.

Manifiesta que las normas citadas como violadas por el actor, resultan inaplicables, bajo los siguientes fundamentos:

Desde la expedición de la Ley 6 de 1945 se han establecido los aportes que los servidores públicos deben efectuar a las entidades de previsión para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas a las cuales puedan tener derecho. En el mismo sentido, la Ley 4ª de 1966 artículos 2 y 4 dispuso algunas bases sobre las cuales se calcularían las prestaciones económicas a favor de los servidores públicos. Por su parte, la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989 por la cual "Se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio" definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se regirán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional para aquellos y el régimen de la entidad territorial para estos. El artículo 15 de la citada ley, establece entre otras disposiciones que, para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, el régimen aplicable se halla contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o las normas que se expidan en el futuro.

De igual forma y conforme a lo establecido en los artículo 2º, numeral 5 y artículo 4º de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada de pagar las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, vinculados a la fecha de promulgación de la misma ley, previo su reconocimiento por parte del Ministerio de Educación Nacional. En consecuencia, las normas aplicables según la calidad ostentada por el docente se encuentran así mismo contempladas en el manual unificado para el reconocimiento de las prestaciones económicas de los docentes afiliados al Fondo expedido por el Ministerio de Educación Nacional y aprobado por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En los anexos técnicos de las actas se consagraron los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de las diferentes prestaciones, las normas a aplicar y demás requisitos que a su vez son de obligatorio cumplimiento para las entidades

comprometidas en el proceso de reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que para el caso que nos ocupa se trata de las oficinas regionales y la sociedad fiduciaria, esto es, Fiduciaria La Previsora S.A.

Ahora bien, respecto a la aplicación del régimen aplicable para los docentes nacionales encontramos que, como parte de las normas que a futuro o posteriores a ésta fueron expedidas, se encuentra la Ley 812 de 2003 o Ley de Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 al 2006, en la cual en su artículo 81, estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, disposición que condicionó la cuantía de la pensión de jubilación a los factores sobre los cuales a partir de la fecha de la vigencia de la ley cotiza el educador al FNPSM. Así, esta ley modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo, indicado que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Teniendo en cuenta lo expuesto, solicita revocar la sentencia proferida por el *A-quo* en primera instancia.

1.5.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

1.5.4.1. PARTE DEMANDANTE (fol. 24 a 26 del C. de 2da Instancia)

La parte demandante en el escrito de alegatos reafirmó los argumentos esgrimidos en el libelo introductorio.

1.5.4.2. PARTE DEMANDADA y MINISTERIO PÚBLICO.

Dentro de esta oportunidad procesal no emitieron pronunciamiento alguno.

2. CONSIDERACIONES:

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Cuál es la norma que rige el salario base de liquidación de la pensión, a los docentes nacionales y nacionalizados que se vincularon al servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** La normativa aplicable para la pensión de los docentes nacionales y nacionalizados, y **ii)** El caso concreto.

2.1.1. LA NORMATIVA APLICABLE PARA LA PENSIÓN DE LOS DOCENTES NACIONALES Y NACIONALIZADOS:

La Ley 91 de 1989, creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. En dicha normativa se consagra las funciones y obligaciones que asume dicho órgano, en su aparte pertinente, así:

> ***"Artículo 2º.-*** *De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*
> …

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

…

Artículo 15º.- *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

…

2.- Pensiones:

…

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

De las anteriores normas, resulta claro que para los docentes nacionales y nacionalizados, vinculados a partir del 1 de enero de 1981, es aplicable el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, y dichas pensiones estarán a cargo del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Igualmente, de lo dicho se desprende que a los docentes nacionales y nacionalizados les es aplicable la Ley 33 de 1985, en su calidad de empleados públicos.

En apoyo de la anterior interpretación, el H. CONSEJO DE ESTADO, en providencia que la Corporación trae a colación en su aparte pertinente, en donde se aclara la aplicabilidad del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 a los docentes afiliados al fondo, y la obligación de este de cubrir dicha prestación:

"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 prevé un régimen especial de pensión ordinaria de jubilación en favor de los docentes oficiales."[4]

En providencia posterior, en igual sentido, aclara:

[4] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ (E). Sentencia del 3 de abril de (2008). Radicación número: 15001-23-31-000-2003-00141-01(1564-07). Actor: BERNARDO FERNÁNDEZ CALDERÓN. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

> *"En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez - ordinaria (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación - derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente."*[5]

Por lo dicho, para la Sala es claro que dado que la normativa aplicable es la Ley 33 de 1985, es a esta a la que hay que acudir para efectos de determinar el salario de liquidación, normativa que en su artículo 3, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establecen que hacen parte del salario base de la liquidación de la pensión el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, incluyendo la 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, pero en todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, sin que dicha enumeración se entienda como excluyente de otros factores que por su naturaleza o norma especial son salario.

Igualmente, es importante resaltar el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, norma que por su claridad, es necesario transcribir y es reiterada por el Acto Legislativo 1 de 2005[6]:

---

[5] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 12 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01801-01(1873-08). Actor: MARINA EDELMIRA MORALES ASCENCIO. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

[6] *"PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003."*

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.
…"

Así las cosas, con relación a los docentes, hay que distinguir los vinculados antes de la vigencia de la mencionada normativa, es decir, antes del 27 de junio de 2003[7], los que se rigen por las normas pensionales anteriores, y los vinculados con posterioridad, los que se rigen por las Leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y posteriores.

Por otro lado, se relieva la interpretación que de la Ley 33 de 1985 ha realizado el CONSEJO DE ESTADO en especial al tema del salario base de liquidación de la pensión, posición que la Sala comparte, y para lo cual se permite transcribir en su aparte más importante:

"En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, ***no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos****.*

…

a) De los factores de salario para liquidar pensiones.

[7] La mencionada ley fue publicada en el Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002[8], precisó el sentido y alcance de las expresiones salario y factor salarial, así:

> *"(…) El salario (…) aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador (…)". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios."*
> *(…)*
>
> *Según el artículo 42 ibídem son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.(…).".*

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los ***factores que constituyen salario,*** *es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.*

---

[8] Magistrado Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a ***las primas de navidad y de vacaciones****, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener ***dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional****[9]."*[10]

Destaca la Sala que esta no es una posición aislada de la mencionada Alta Corporación, sino que es la línea que se consolida a partir de allí tal como se puede observar en decisiones más recientes[11].

Como conclusión de este numeral, para esta Corporación, el salario base de liquidación de la pensión debe incluir todos aquellos pagos que conforme a su naturaleza o a norma especial son salario.

Basten las anteriores consideraciones legales, interpretativas, y jurisprudenciales para estudiar:

---

[9] Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

[10] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 4 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). Actor: LUIS MARIO VELANDIA. Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL.

[11] Como decisión de este tipo, la Sala trae para soportar la siguiente: *"Al examinar con detenimiento la anterior cita jurisprudencial* (se refiere a la citada en el píe de página anterior)*, es claro que la entidad demandada debió efectuar los aportes que devengó el actor mientras estuvo prestando sus servicios sobre los factores salariales y que pretende se tengan en cuenta."* (La nota entre paréntesis no es del texto original) CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 20 de marzo de 2013. REF: EXPEDIENTE No. 76001233100020070021701. NÚMERO INTERNO: 03412012. ACTOR: JOSÉ OMAR GONZÁLEZ CRUZ. AUTORIDADES NACIONALES.

2.2. CASO CONCRETO.

Se encuentra debidamente probado que a ELISEO JULIO ORTEGA le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en calidad de docente nacional, a partir del 9 de diciembre de 2007, y que para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta el sueldo promedio del último año de servicio en la fecha que adquirió el estatus, tal como consta en el mismo acto administrativo que le reconoce su derecho (Fol. 8 a 10 C. Principal), es decir, sin adicionar para ello la totalidad de los factores salariales, como son la prima de navidad y la prima de vacaciones, factores estos de los cuales se encuentra prueba de haber sido devengado dentro del último año de servicios anterior a la adquisición del estatus de pensionado (fol. 11 C. Principal).

Igualmente, es un hecho demostrado, que el actor goza del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues a la fecha de su vigencia, 1 de abril de 1994, contaba con 42 años cumplidos de edad (el actor nació el 8 de diciembre de 1952, fol. 14 C. Ppal.).

Así las cosas, analizado lo anterior a la luz del concepto de la violación presentado, es claro que efectivamente el acto administrativo demandado ha trasgredido las normas violadas pretendidas por el accionante, dado que es necesario liquidar su pensión teniendo en cuenta para ello la totalidad de los factores salariales legales devengados en el último año de servicio, incluyendo aparte de la asignación básica, la prima de vacaciones y la prima de navidad; así lo indica claramente la normativa ya estudiada, de rango legal y constitucional, y la jurisprudencia.

En otras palabras, esta Corporación considera que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES

DEL MAGISTERIO, en su calidad de entidad demandada en este proceso, transgredió las Leyes 33 y 62 de 1985, así mismo los artículos 13 y 53 superiores, por inadecuada aplicación, tal como se desprende del texto mismo del acto administrativo demandado, por lo que habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia objeto de impugnación.

2.3. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. CONCLUSIÓN:

A guisa de conclusión, la Sala considera que el acto administrativo objeto de censura, por medio del cual se reconoció al actor una pensión vitalicia de jubilación, vulneró las normas pretendidas por el accionante, por lo que su presunción de legalidad se encuentra desvirtuada y por tanto ha de **CONFIRMARSE** su declaratoria de nulidad.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, de fecha 26 de mayo de 2014, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante. En firme la presente providencia, por el *A-quo,* **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 150.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso