TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**
M. CONTROL: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO RADICACIÓN:**
RADICADO: **70-001-33-33-003-2014-00089-01**
DEMANDANTE: **RAFAEL BARRIOS ORTEGA**
DEMANDADO: **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y FOMAG.**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2016[1], por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo Sucre, dentro de la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió el señor **RAFAEL BARRIOS ORTEGA** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA.[2]

El señor **RAFAEL BARRIOS ORTEGA,** instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando: **(i)** Que se declare la nulidad parcial de la Resolución Nº. 0140 de Mayo 19 de 1.999, emanada del representante del Ministerio de Educación ante el Departamento de Sucre y el Fondo de prestaciones ; **(ii)** que como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Entidad demandada reliquide y pague al demandante la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó el año anterior a su estatus pensional; **(iii)** que se

[1] Fol.107-115 C.Ppal.
[2] Fol.1-5C. Ppal.

ordene el cumplimiento a la sentencia proferida en este proceso; **(iv)** que la condena impuesta sea indexada, ajustando su valor al índice de precios al consumidor (IPC); **(v)** que la sentencia que sea proferida en la presente demanda ordene el pago de agencias en derecho , gastos y costas procesales a los demandados, si llegaren a causarse.

Como ***fundamento fáctico,*** se señaló que:

El señor, **RAFAEL BARRIOS ORTEGA**, manifiesta con respecto a su profesión de Docente y en virtud le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución Nº. 0140 de Mayo 19 de 1999.

Expone que al momento de 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.

Menciona que la Nación-Ministerio de Educación y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, deben liquidar la pensión a partir del día siguiente de la causación de su derecho, incluyendo todos los factores salariales que le asistan, incluyendo todos los factores salariales mencionados en el hecho anterior el monto correspondía a UN MILLON CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL SETENTA Y CINCO PESOS ($1.422.075).

En cuanto a las ***normas violadas,*** la parte actora mencionó las siguientes: Constitución Política; arts.29, 48 Y 53; Art. 15 de la ley 91 de 1989; der} decretos 3135 de 1968,1848 de 1969, y 1045 de 1978; Ley 33 de 1985; Art 1 Ley 62 de 1985; Art 4 de la ley 4ta de 1976; artículo 9 de la Ley 71 de 1988; Art 2 de la Ley 4 de 1992.

En el ***concepto de violación,*** se adujo que con la expedición del acto acusado se violan parcialmente disposiciones de orden legal y de rango constitucional en la siguiente medida, manifestando que en primer lugar se viola la ley de 91 de 1989 en su artículo 15 que expresa que a partir de la presente ley, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con anterioridad al primero 01 de Enero de 1990 serán regidos por las siguientes disposiciones:

- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando cada entidad territorial.
- Los docentes nacionales que se vinculen a partir del primero 01 de enero de 1990, para efectos de prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes y aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en la ley.
- Teniendo en cuenta el acto acusado parcialmente , por el cual se reconoció pensión de jubilación , expresa el actor vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio , que inicio su labor de docente el día 10 de marzo de 1978 , para efectos del reconocimiento y reliquidación de sus prestaciones económicas y sociales, mantiene el régimen prestacional que ha venido disfrutando de acuerdo a la normatividad vigente entre otras se destaca la ley 33 de 1985, por lo cual se dictan medidas de relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, que en el artículo 1 de 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 discontinuos o llegue a la edad de de 55 años, tendrá derecho que por la respectiva caja de provisión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió débase para los aportes durante el último año de servicio también en su artículo 3 modificado por el artículo 1 de la ley 62 de 1985 expuso que todos los empleados oficiales de la entidad afiliada a cualquier previsión , deben pagar los aportes que proveer las normas de dicha caja , ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento.

Indica de esta forma que, demanda parcialmente la resolución por no incluir factores salariales a que tiene derecho y que fue reconocida al tenor de la ley 33 de 1985, se hace indispensable retomar los factores salariales

señalados en al artículo 1 de la ley 62 de 1985, habida cuenta que prevalece, el principio de inescindibilidad de la norma, debiendo en consecuencia aplicar además de la asignación básica mensual establecida por la ley , tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, entendido como las sumas que habitual o periódicamente recibe como atribución a sus servicios, por lo que arguye que debió liquidarse con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio, considerando como salario la suma de la asignación básica mas todos los factores salariales que por la ley corresponden

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 10 de Abril de 2014.
- Admisión de la demanda: 25 de Abril 2014.
- Notificación a las partes: 28 de Abril de 2015.
- Contestación a la demanda: 11 de Julio de 2014
- Audiencia inicial: 11 de junio de 2015
- Sentencia de primera instancia: 12 de agosto de 2016 (Folio 158 a 166 C. Principal).
- Recurso de apelación: 23 de Agosto de 2016 (Folio 171 a 186 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 01 de Noviembre de 2016 (Folio 194 a 195 C. Principal).
- Auto que admite el recurso de apelación: 15 de diciembre de 2016 (Folio 4 C. Apelación).

1.2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[3].

La parte demandada se opone a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad, señalando que la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actuaron conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo de Fondo, como máxima autoridad encargada de

[3] Folios 40-54 C. Primera instancia.

proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Frente a la solicitud de condenas para la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, interpretada por la demandante, solicitando de esta forma que se denieguen en su totalidad las pretensiones de la demanda. Además propuso las siguientes excepciones; **(i)** Inexistencia del derecho por erróneo interpretación de la norma; **(ii)** Buena fe; **(iii)** prescripción; **(iv)** pago; **(v)** Pago; **(vi)** Excepción Genérica o Innominada.

1.2.2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[4].

El Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo, señaló que el demandante es Docente de vinculación Nacionalizado, y que inició sus labores al servicio docente, el cual prestó sus servicios por más de 20 años, desde el 1978 hasta el 29 de Diciembre de 1998, razones por la cual el accionante goza del régimen prestacional consagrado en la ley 33 de 1985, tal como se argumentó en la Resolución No 0140 de 19 de Mayo de 1999, la cual reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

Expresó que la entidad demandada reconoció la pensión a partir del 30 de Diciembre de 1998, y que para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta un equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio, (asignación básica, sobre sueldo, horas extras, prima de alimentación, prima de vacaciones), sin incluir la prima de navidad, la cual fue devengada como se puede observar en el certificado de salario del último año y resolución cuestionada.

Afirmó el A quo que, la entidad demandada debió al momento de realizar la liquidación de la pensión de jubilación o vejez reconocida al actor, efectuarla conforme a todos los factores salariales devengados por el servidor público sin tener en cuenta si aparecen enlistados en la ley 62 de 1985 o si sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social, por lo que el acto administrativo demandado trasgrede las normas pretendidas por el accionante.

[4] Fols. 158- 166 C de Primera instancia.

Con fundamento en lo anterior, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento ordena a la entidad que realice una nueva liquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales, asignación básica, sobre sueldo, horas extras, prima de alimentación, prima de vacaciones y la prima de navidad, devengados el año anterior de la fecha que adquirió su estatus pensional es decir desde el 29 de Diciembre de 1998. Adicionalmente, se declaró la prescripción respecto a las mesadas pensionales anteriores al 10 de abril de 2011.

1.2.3. LA APELACIÓN[5].

La parte demandada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, solicitando la revocatoria de la sentencia resaltó algunas normas que regulan lo correspondiente a las primas devengadas.

Decreto 451 de 1984: En este decreto se excluye de manera expresa la aplicación del mismo al personal de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. Articulo 4º, las normas de este decreto no se aplicaran. b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

Decreto Ley 1042 de 1978: en materia de régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, se ha establecido un régimen especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ellos ejercen, el cual se encuentra previsto en la ley 91 de 1989, ley 60 de 1993, ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos. Es así, como por ejemplo ellos tienen una jornada laboral y periodos de vacaciones muy distintos a los previstos para el resto de los empleados del sector público. Por tal motivo como consecuencia de las características propias de la actividad docente, se justifica que su régimen salarial y prestacional sea diferente al de los empleados públicos del orden nacional, quienes deben asumir las responsabilidades y funciones propias de sus respectivos cargos en condiciones muy distintas a las de los docentes oficiales.

[5] Fls. 121-136 C. Ppal.

LEY 91 DE 1989: la prima de servicios para el personal docente y directivo docente: 1) no ha sido creada por la ley 91 de 1989. Cuando la norma habla de continuar, hace referencia a aquellos casos en que fueron otorgadas con fundamento de normativa previa ,2) la ley 91 de 1989 en sus parágrafo segundo, hace una mezcla entre las normas que otorgan prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salario, por lo que, de lo anteriormente expuesto bien puede deducirse que las asignaciones allí relacionadas son meramente enunciativas(las del parágrafo segundo del artículo 15) y hace referencia a las denominadas prestaciones especiales a cargo del empleador, cuando hay derecho a ellas y han sido creadas por ley; sin que pueda afirmarse que la prima de servicios ha sido creada por la ley 91 de 1989 a favor de los docentes estatales, dado que dicha norma sólo hace alusión a aquello que obligatoriamente son afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;3) en cumplimiento a lo señalado en el artículo 10º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el sentido del deber de aplicación uniforme de las normas a situaciones que tengan los mismos supuestos actores; solo podría asumirse el reconocimiento de dichas primas con cargo a la Nación y en virtud de la nacionalización de la educación, en aquellos casos en que la prima de servicios les hubiese sido otorgada en disposiciones anteriores a la expedición de la ley 91 de 1989, en aplicación al principio establecido en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia sobre derechos adquiridos, teniendo en cuenta el pronunciamiento que sobre el particular hizo el Consejo de Estado para los funcionarios administrativos mediante concepto 2012 del 19 de abril de 2010.

Finalmente como argumentos para revocar la sentencia de primera instancia expresó que, la decisión no se ajusta a derecho toda vez que no es viable conforme a la ley que se reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante; pues no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

1.2.4. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Admitido el recurso, se procedió a correr traslado para que las partes formularan sus alegaciones, oportunidad en la cual solo se pronunció la parte demanda, así:

En su memorial retoma los argumentos mencionados en el recurso de apelación. Además, señaló que ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado que la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las leyes 6 de 1945 y 33 de 1985, agregando que para el reconocimiento de las prestaciones de los docentes que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003).

Por otro lado, señaló que el Decreto 3752 de 2003 modifica los actos en cuanto a los factores salariales se refiere para la liquidación de las prestaciones, sujetándolos al aporte que efectivamente realice el docente; en consecuencia, el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, que modificó el artículo 3 del mencionado decreto, estableció que a partir del 25 de julio de 2007 la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al fondo del magisterio, se realizará teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, pero este tipo de situación no se ajusta al caso objeto de la presente controversia, por cuanto al momento en que la demandante adquirió el estatus de pensionada, se encontraba vigente el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003 manteniéndose inmodificables estas por ser situaciones jurídicas ya consolidadas

El Ministerio Público no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA. El Tribunal 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.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO. Se solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0140 del 19 de mayo de 1999, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de la pensión vitalicia

de jubilación al señor RAFAEL BARRIOS ORTEGA, por sus servicios prestados como docente[6].

2.3. PROBLEMA JURIDICO.

Conforme los antecedentes reconstruidos, debe la Sala establecer, si *¿El acto administrativo demandado a través del cual se reconoció la pensión de jubilación al docente **RAFAEL BARRIOS ORTEGA** está viciado de nulidad parcial por cuanto no incluyó todos los factores salariales por ella devengados, correspondientes al año inmediatamente anterior a la adquisición del Estatus de pensión?*

En aras de lo anterior, se abordaran los siguientes temas: **i)** Régimen pensional de los Docentes. Factores salariales para liquidar la pensión de jubilación; **ii)** El caso concreto

2.3.1. RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES. Factores salariales para liquidar la pensión de jubilación.

Es reiterado por la jurisprudencia administrativa, que si bien el Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente, consagraba que los docentes estaban sometidos a un régimen especial, tal especialidad no está referida a la pensión ordinaria de jubilación, pues el régimen al que están sometidos los docentes en esta materia no contemplan requisitos distintos a los estipulados en el régimen general de pensiones previstos para todos los empleados del sector público.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha insistido:

> *"El Decreto ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, entonces vigente, en su artículo 3º, dispuso que los educadores que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal son empleados oficiales de régimen especial. Según las previsiones del decreto la especialidad del régimen hace referencia, entre otros aspectos, a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales. Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a*

[6] Folio 7 C. Primera Instancia.

pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones"

Bajo la anterior óptica, al referirse a la norma aplicable, que regula la pensión ordinaria de jubilación de los docentes el Consejo de Estado, ha manifestado, que no es otro que los requisitos traídos por la Ley 33 de 1985. En efecto, dijo el Alto Tribunal:

"(…) El Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria 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, e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

En virtud del proceso de nacionalización de la educación (Ley 43 de 1975) se expidió la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados, y territoriales, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional de dicho personal:

En su artículo 15 la citada ley estableció:

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

1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...".

Así las cosas, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Para resolver el punto es necesario, entonces, hacer alusión a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las cuales se encuentra la Ley 33 de 1985.

Está probado, que el actor en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el mes de octubre de 1977, por ende se le aplica la Ley 91 de 1989, 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, Ley 33 de 1985.

En conclusión, por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985 que es régimen legal general"[7]

Criterio que se viene sosteniendo de tiempo atrás en el seno de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo, como se puede ver en sentencia del 23 de febrero de 2006, en la cual se hicieron las siguientes precisiones:

"El Decreto Ley No. 2277 de 1979, estatuto docente, indudablemente que comprende un régimen "especial" de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación –derecho u ordinarias de los mismos. (…)

El Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, conforme a su artículo 3, solo se aplica en los temas relacionados con las materias que regula; ahora, como las pensiones ordinarias docentes no fueron contempladas en la disposición, ésta no resulta aplicable en ese campo.

La Ley 33 de enero 29 de 1985, publicada el 13 de febrero de 1985 en el Diario Oficial No. 36856, establece:

"Art. 1o El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Par. 2º Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Par. 3º En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Sentencia de diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009), Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02698-01(1961-08). Ver asimismo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Sentencia de diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011), Radicación número: 54001-23-31-000-2003-00630-01(0802-10)

Art. 25. Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que sean contrarias."

La Ley 33 de 1985, que obliga desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público sin distinción, resulta aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes (incluye docentes nacionales); para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad. De su aplicación exceptúa tres casos: 1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad. 3-) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Se destaca que esta ley en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968; y en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 en los artículos 1º y 25 de la Ley 33 de 1985. Para obtener la pensión de jubilación, entre otros, dichos preceptos exigían: el literal b del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 tener 50 años, con 20 años de servicio y el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 tener 50 años de edad las mujeres o 55 años los hombres y 20 de servicios continuos o discontinuos.55

Y en cuanto a los FACTORES PENSIONALES éstos fueron determinados en la Ley 62 /85, que subrogó en lo pertinente la citada Ley 33.

La Ley 91 de diciembre 29 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, publicada el 29 de diciembre en el Diario Oficial No. 39124, dispone: (…)

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la PENSIÓN DE GRACIA, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión continuará reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º 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."

La Ley 91 de 1989 comprende muchos mandatos; entre ellos se destacan para el caso: A.) En su art. 1º, entre otros, contempla los DOCENTES TERRITORIALES y señala como tales a quienes fueron nombrados antes de enero 1º de 1976 sin el cumplimiento del requisito del art. 10 de la Ley 43 de 1975, que se refiere a los designados por

fuera de las plantas de personal allí determinadas, lo cual es entendible frente a la nacionalización educativa consagrada en la Ley 43 de 1975. Pero, se anota que también se han tenido como tales, inicialmente, a los educadores vinculados a los ENTES TERRITORIALES antes de la nacionalización educativa (que luego se convirtieron en nacionalizados) y, ahora, después de ésta, a quienes fueron nombrados por las autoridades territoriales por fuera de las plantas de personal aprobadas por la Nación y que pagaban con fondos de los F. E. R., por lo que las obligaciones surgidas de ellos corrieron a cargo de las entidades locales.

B.- En su artículo 15, estableció NORMAS PRESTACIONALES para los docentes, así : -) Para los DOCENTES NACIONALIZADOS que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, en el artículo 15, numeral 1º, se dispone que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; ahora, éstas solo pueden ser las LEGALES por mandato constitucional y, se anota que en materia de pensión de jubilación (ordinaria) antes de esta ley dichos docentes se encontraban bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, con la transición en edad pensional que allí se consagra exceptivamente. -) Para los DOCENTES NACIONALES y los que se vinculen a partir de enero 1º /90, en el párrafo 2º del núm. 1º del citado art. 15, manda que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales están los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. No puede pasar desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional.

(…)

-) LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO. Los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, se les reconocerá sólo una pensión de jubilación, bajo el régimen -que se entiende "general u ordinario"- de pensionados del sector público nacional (Art. 15, Num.2, lit.b). Se indica que esta pensión estuvo regulada, entre otras, en el art. 17 de la Ley 6ª /45, el art. 27 del D. L. 3135 /68 que luego fue derogado por el artículo 25 de la Ley 33 del 29 de enero de 1985 y el art. 1º y concordantes de la precitada Ley 33.

En cuando a este último grupo (del art. 2-B del art. 15) se tiene que para los DOCENTES NACIONALES la Ley 91 de 1989 no varió la edad de jubilación, pues ellos continuaron adquiriendo el derecho de jubilación con 20 años de servicio y 55 de edad, en virtud de la Ley 33 de 1985, norma que mantuvo su vigencia, salvo el caso de la transición en edad pensional del parágrafo 2º de su art. 1o., ó que hubieren cumplido sus requisitos pensionales bajo el imperio de la legislación anterior; ahora, los DOCENTES NACIONALIZADOS (que ingresaron a partir de enero 1º /81) la Ley 91 /89 –art.2-b- dispuso que sólo tendrán una pensión de jubilación (ya no tienen derecho a la pensión de jubilación gracia) la cual se entiende "ordinaria" por estar sometida al régimen general de los pensionados del sector público nacional que para 1989 estaba consagrado en la Ley 33 /85 en materia pensional y que determinaba su edad pensional en 55 años, salvo la transición en edad pensional ya citada; por último, los DOCENTES VINCULADOS A

PARTIR DE ENERO 1º /90 su régimen pensional es el mismo de los anteriores docentes nacionalizados mencionado.

De otra parte y a contrario sensu, se entiende que ESTA CLASE DE PENSION, para los vinculados "antes" de las fechas señaladas en la ley, aparece consagrada en los regímenes pensionales generales u ordinarios ya sea de la Ley 6ª/45, D.L. 3135/68, D.L. 1045 /78 o la Ley 33/85, cuya aplicación depende de las circunstancias de cada caso".

La Ley 60 de agosto 12 de 1993, sobre FINANCIACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA EDUCACIÓN ESTATAL, publicada el 12 de agosto de 1993 en el Diario Oficial No. 40987, establece:

"Art. 6
...
El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, municipal y distrital, será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ..."

La Ley 60 de 1993, dispone que "El régimen prestacional aplicable a LOS 'ACTUALES' DOCENTES NACIONALES O NACIONALIZADOS que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones" será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. De otra parte, en cuanto a los DOCENTES TERRITORIALES, dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, y que se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de régimen "ordinario", como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la Ley pensional "ordinaria" pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100/93".

Así, los docentes *nacionalizados* que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, respecto a prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen que venía aplicándoseles en la respectiva entidad territorial, de acuerdo a las normas vigentes, esto es, Ley 33 de 1985; asimismo, tanto para *nacionales y nacionalizados* que se hayan vinculado a partir del 1 de enero de 1981 y para quienes se nombren a partir del 1 de enero de 1990, se reconocerá una pensión de jubilación equivalente al 75%

del salario mensual promedio del último año y gozaran del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

Por su parte, la Ley 812 de 2003 en su artículo 81 reitera la aplicación de la normativa vigente anterior relacionada con la regulación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, al señalar:

> *"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"*

En esa línea, el régimen pensional aplicable a los docentes de carácter oficial, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que el mismo habrá de determinarse con relación a la fecha de vinculación al servicio de la educación, más no teniendo como referencia la adquisición del estatus.

2.3.2. CASO CONCRETO.

Se encuentra probado que el Señor **RAFAEL BARRIOS ORTEGA**, prestó sus servicios como docente nacionalizado durante más de 20 años, tal como se evidencia en el mismo acto administrativo que le reconoce la pensión, esto es, la Resolución No. 0140 DE 1999 y el certificados e historia laboral obrantes a folios 7 y 10 del cuaderno de primera instancia.

Conforme la documental obrante a folio 10, está demostrado que el acto ingresó como docente al servicio público educativo el 1 de marzo de 1978, nombrado mediante Resolución No. 2475 del 1 de marzo de 1978, tomando posesión el 03 de abril de 1978.

Al demandante en su condición de docente le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a partir del 30 de diciembre de 1998, aplicando para ello, las reglas contenidas en la Ley 71 de 1988 y 91 de 1989.

Para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta una tasa de remplazo equivalente al 75% del salario promedio del último año de servicio en la

fecha que adquirió el estatus y como factores salariales se le incluyeron: la asignación básica, sobresueldo, horas extras, prima de alimentación y la prima de vacaciones.

Revisado el certificado de salarios devengados en el último año de adquisición del status por parte del docente (1997-1998), obrante a folio 9, se advierte que en dicho lapso, además de la asignación básica, sobresueldo, horas extras, prima de alimentación y la prima de vacaciones, el actor percibió la prima de navidad como factor salarial, la cual conforme las premisas delimitadas en acápites anteriores, debió ser incluida para conformar el ingreso base de liquidación de la pensión y determinar así el monto de la misma, tal como se debió interpretar la aplicación de la Ley 33 de 1985, régimen aplicable, como quiera que el ingreso al servicio educativo fue anterior a la expedición de la Ley 812 de 2003.

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 la totalidad de los factores salariales, tales como, la asignación básica, sobre sueldo, horas extras, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.

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, por inadecuada aplicación, tal como se desprende del texto mismo del acto administrativo demandado, por lo que habrá de **CONFÍRMARSE** la sentencia objeto de impugnación.

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P., y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la demandada apelante, a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, realícese

por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN:

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia apelada, esto es la proferida el 12 de agosto de 2016 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo-Sucre, según lo expuesto en los considerandos de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante y a favor de la parte demandante. 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.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala de Decisión Ordinaria Oral, conforme consta en Acta No. 067 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL AROGTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA