



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO: 70-001-33-33-003-2015-00052-01
DEMANDANTE: JAIRO JOSÉ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ
DEMANDADO: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG- Y OTROS

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 2016¹, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA².

El señor Jairo José Álvarez Hernández por conducto de apoderado judicial formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, **solicitando** que se declare la nulidad parcial de la resolución número 0222 de 18 de mayo de 2005, emanada de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre,- Nación, Ministerio de Educación Departamental y el FOMAG, por medio del cual se reconoció la pensión de jubilación al actor.

A título de restablecimiento del derecho, pide se ordene a la Nación, Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de jubilación reconocida, teniendo en cuenta todos los factores salariales que por ley tiene derecho, tales como; prima de Navidad, prima Vacacional, prima de Alimentación, prima

¹ Fol.115-122 C.Ppal.

² Fol. 1-9 C. Ppal.

Semestral, sobresueldo, horas extras y los demás conceptos dejados de cancelar durante el año inmediatamente anterior a la causación de su derecho.

Como ***fundamentos fácticos*** en la demanda se afirmó que:

Al señor Jairo José Álvarez Hernández, le fue reconocida la pensión de jubilación, mediante Resolución N° 0222 de 2005, emanada de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, debidamente delegada por las entidades Nación, Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin incluir los demás factores salariales que devengó el año anterior al cumplimiento de status pensional.

Se debió liquidar la pensión a partir del día siguiente de la causación de su derecho, incluyendo todos los factores salariales devengados.

Para los asuntos de reliquidación pensional por la inclusión de factores salariales, no es procedente agotar la vía gubernativa, así como tampoco debía agotarse el requisito de procedibilidad ante la Procuraduría Delegada ante los jueces Administrativos del Circuito, en virtud de la postura del Consejo de Estado.

Como ***normas violadas*** la parte actora invocó los artículos 29, 48 y 53 de la C. P., y los artículos 15 de la Ley 91 de 1989, Art. 9° de la Ley 71 de 1988 y Arts. 2° Lit. A, Art. 4° de la Ley 4ª de 1992.

En el concepto de violación se argumentó que, teniendo en cuenta la Ley 91 de 1989, Artículo 15, 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.

Los docentes nacionales que se vincularon a partir del 01 de enero de 1990, las prestaciones económicas y sociales, se regirán por normas vigentes y aplicables a los empleados públicos de orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 y 1045 de 1978. Así, estando el actor vinculado al servicio desde mayo 25 de 1972, la norma que rige para su régimen pensional es el que se encuentra en la Ley 33 de 1985 la cual indica que las

prestaciones sociales de los empleados oficiales serán liquidadas sobre los mismos factores que sirvieron de base para calcular los aportes, determinando que este haya prestado servicio por 20 años continuos o discontinuos o llegue a la edad de 55 años, teniendo derecho a que se le pague una pensión mensual equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año anterior.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- Presentación de la demanda: 07 de Abril de 2015 (Folio 06).
- Admisión de la demanda: 16 de abril 2015 (Folio 17 C. Principal).
- Notificación a las partes: 03 de junio de 2015 (Folio 19 -22 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 24 de septiembre de 2015 (Folio 42 a 60 C. Principal).
- Audiencia inicial: 20 de abril de 2016 (Folio 92 a 93 C. Principal).
- Sentencia de primera instancia: 12 de agosto de 2016 (Folio 115 a 122 C. Principal).
- Recurso de apelación: 23 de agosto de 2016 (Folio 127 a 142 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 01 de noviembre de 2016 (Folio 149 a 150 C. Principal).

1.3. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA³.

EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, contestó extemporáneamente la demanda, tal como se informa en el auto del 28 de octubre de 2015 (folios 71 del C de Primera Instancia), decisión que no fue recurrida por la parte demandada.

1.4. LA SENTENCIA APELADA⁴

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo en sentencia del 12 de agosto de 2016, declaró la nulidad parcial del acto demandado y ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor

³ El memorial de contestation se aprecia a folios 42 a 60 C. Ppal.

⁴ Fols. 118-127 C. Ppal.

con la inclusión de todos los factores salariales, tales como prima de navidad, prima de grado, prima vacacional y prima de alimentación, devengados en el año inmediatamente anterior a estatus pensional, previa deducción de los descuentos por parte dejados de realizar.

Para el efecto, manifestó que estaba probado que el demandante nació el 6 de enero de 1950 y prestó sus servicios como docente nacionalizado, desde el 22 de mayo de 1972 hasta el 10 de febrero de 2015, para un total de 42 años, 8 meses y 15 días, razones por las cuales el accionante goza del Régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985, tal como fue argumentado en la Resolución N° 0222 del 18 de mayo de 2005, la cual le reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

Expresó que de conformidad con la normatividad analizada y la jurisprudencia del Consejo de Estado, es claro que la Nación, Ministerio de Educación Nacional, y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debió al momento de realizar la liquidación de la pensión de jubilación o vejez reconocida al actor, efectuarla con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la ley 62 de 1985 o sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social

A renglón seguido, señaló que al actor le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en calidad de docente nacionalizado, a partir del 7 de enero de 2005 y que para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta en un equivalente del 75% de la asignación básica mensual devengado durante el último año de servicio, sin tener en cuenta para ello la totalidad de los factores salariales devengados como PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE GRADO, PRIMA VACACIONAL, PRIMA DE NAVIDAD.

Frente a la prima de servicios como factor salarial, expuso que acogiendo la interpretación y los argumentos expuestos por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre en Sentencia de 22 de mayo de 2008, proferida dentro de los expedientes acumulados N°. 2004-00390-00 Y 2005-01524-00, con efectos de cosa juzgada erga omnes y retroactivos, que declaró nula la ordenanza 08 de 1985, la cual era la fuente jurídica de dicho factor

salarial, salvo en los derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas o disposiciones legales expresa dadas en sentido contrario, en tal sentido el demandante devengó la prima semestral en el último año de servicio y ello es una situación fundada en cuanto a lo devengado, pero no para que se le tenga como factor para liquidar la pensión, por cuanto este derecho se declarará en la sentencia judicial, luego no está consolidado, pues la tesis del H. Consejo de Estado no se puede extender a aquellos emolumentos que carecen de una fuente jurídica válida.

Por último, declaró la prescripción del valor de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 7 de abril de 2012, porque el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, surgió a partir del reconocimiento de dicha prestación mediante la Resolución N° 0222 del 18 de mayo de 2005, y la demanda fue presentada el 07 de abril de 2015.

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN⁵.

La parte demandada inconforme, formulo recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia del 12 de agosto de 2016 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo en donde se declaró la nulidad de la Resolución que reconoció el pago de la pensión de jubilación al docente.

Como razones de inconformidad manifestó que la sentencia de primera instancia no se ajustaba a derecho, toda vez que no era viable conforme a la Ley que se le reconozca la reliquidación de pensión al demandante, al no tener en cuenta el ordenamiento jurídico de forma integral, traído por el Decreto 451 de 1984 en su artículo 4º, el Decreto 1042 de 1978 artículo 1º que excluyo al personal docente de su aplicación.

Agregó que 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

⁵ Fls. 127 a 142 C. Ppal.

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.

En cuanto al párrafo segundo del artículo 15 de la ley 91 de 1989, es necesario realizar las siguientes declaraciones: El derecho a la seguridad social se haya establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia como un derecho público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado regida por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. De acuerdo con lo señalado en la ley 100 de 1993, artículo 15 modificado por el artículo 3º de la ley 797 de 2003, deben afiliarse en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o con servidores públicos. Para el caso de los docentes o directivos docentes, por medio de la ley 91 de 1989 se crea el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, con el fin de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de dicha ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Servidores que son afiliados automáticamente en dicho fondo.

El párrafo segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que al tenor establece: "párrafo 2º, El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones."

1.6. TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

- Auto que admite el recurso de apelación: 15 de diciembre de 2016 (Folio 4 C. Apelación).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 10 de febrero de

2016 (Folio 11 C. Apelación)

1.6.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA⁶ y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La parte demandada manifestó que para el reconocimiento de las prestaciones 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), reglamentándose de este modo la Ley 91 de 1989.

Afirmó que el Decreto 3752 de 2003 modifica los actos en cuanto a los factores salariales se refiere para la liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes como pensiones (jubilación, invalidez, retiro por vejez, reliquidaciones, pensiones post mortem) y auxilios sujetándolos al aporte que efectivamente realice el docente. En consecuencia, las regionales implementan la aplicabilidad del Decreto 3752 de 2003. Y si bien el artículo del referido decreto fue derogado por el artículo 160 de la ley 1151 de 2007 estableciendo 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, este tipo de situación no se ajusta al caso objeto de la presente controversia por cuanto al momento en que el demandante adquirió el estatus de pensionado, se encontraba vigente el artículo 3 del decreto 3752 de 2003 manteniéndose inmodificables estas por ser situaciones jurídicas ya consolidadas y respecto de las cuales la Ley 1151 de 2007 no estableció modificación alguna.

La **parte demandante** no se pronunció y el Delegado del **Ministerio Público** en esta oportunidad no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA. 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.

⁶ Fol. 20 a 25 C. Apelación.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se solicitó la ***nulidad parcial de la Resolución No. 0222 del 18 de mayo de 2005***, expedida por el Ministerio de Educación Nacional – FNPSM, a través de la cual se reconoció la pensión de jubilación como docente al señor JAIRO JOSÉ ALVARREZ HERNANDEZ⁷.

2.3. PROBLEMA JURIDICO.

La reconstrucción de los antecedentes muestran que en sede de alzada, corresponde al Tribunal determinar, si *¿Se encuentra viciado de nulidad parcial la Resolución N° 0222 de 2005, a través de la cual se le reconoció la pensión de jubilación al docente JAIRO JOSÉ ÀLVAREZ HERNÀNDEZ por cuanto en ella no se incluyeron todos los factores salariales devengados el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado?*

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** Régimen pensional de los Docentes. Factores salariales para liquidar la pensión de jubilación; **iii)** La prescripción de los Derechos, y **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

⁷ Folio 8-9 C de primera instancia.

aspectos, a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales. Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutaban 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 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 general⁸

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

⁸ 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)

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.

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 nacional⁹.

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:

⁹ Al respecto, Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Expediente No. 05001-23-31-000-2010-02266-0 1 (3910-14). C. P. Carmelo Perdomo Cuetér. Sentencia del 4 de febrero de 2016.

“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” (negritas fuera del texto)**

Por manera que 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, como lo señala la parte demanda en sus alegatos.

Ahora bien, frente a los factores salariales a incluir para efectos de determinar el monto pensional, es menester precisar que en ello, con fundamento en la aplicación de la sub reglas creadas por el H. Consejo de Estado, cuando de aplicar la Ley 33 de 1985 se trata, en el mismo, la entidad gestora debe considerar y tener como tales, todos aquellos que han sido devengados por pensionado, cuando se encontraba en servicio activo, con la salvedad que sobre aquellos que no se hizo aporte al sistema, se puede realizar el respectivo descuento.

Ello, por cuanto la pensión de jubilación regulada por la ley 33 de 1985 se liquida en cuantía del 75%, del promedio de los factores salariales y prestaciones percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, pero si existieran factores sobre los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizara el descuento a que haya lugar.

Recordemos que el actor, persigue la reliquidación de su derecho, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y que su reconocimiento pensional, tal como líneas antes se estableció, se rige por la ley 33 de 1985, la cual en materia de factores se definió en lo estipulado por la ley 62 de 1985.

La norma en comento consagró:

ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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 (subrayado del despacho).

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”.

No obstante, como se indicó, el Consejo de Estado ha sido unánime en señalar que los factores salariales mencionados en la ley 62 de 1985, no son taxativos sino meramente enunciativos, de tal suerte, que la liquidación de la pensión de jubilación o vejez se debe efectuar con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la ley 62 de 1985 o sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social.

Ello, en virtud del principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social y de favorabilidad en la aplicación de las normas laborales, dentro de las cuales se cuenta las normas sobre seguridad social en pensiones.

En efecto, en sentencia de unificación jurisprudencial del 4 de agosto de 2010 y que este Despacho en el presente proveído acoge en su integridad dado, el imperativo de atenerse al precedente judicial dictado por la Sala Plena de la Sección II de nuestro máximo órgano colegiado, se señaló:

*"Sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. Den la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, **se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho***

Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones. (Negritas fuera del texto)

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

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.

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.”¹⁰

¹⁰ Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena, expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila

Y, al resolver un caso de supuesto fácticos similares al que nos convoca, esto es, reliquidación de pensión de docentes por no inclusión de factores salariales, la Sección Segunda Subsección B, en proveído del 27 de enero de 2011, acogió la tesis expuesta por la Sala Plena y, concluyó que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de los docentes, todos aquellos factores que constituyan salario.

Expuso la Subsección¹¹:

"El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 estableció los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes con el siguiente tenor literal:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- Asignación básica*
- Gastos de representación*
- Prima técnica*
- Dominicales y feriados*
- Horas extras*
- Bonificación por servicios prestados*
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidará sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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 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".

En relación con la inclusión de los factores para efectos de fijar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa por las siguientes razones:

¹¹ Sentencia del 27 de enero de 2011, expediente No. 08001-23-31-000-2007-00112-01(0045-09). C. de E. Sección II Subsección B. CP. Bertha Lucia Ramírez.

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó¹²:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación..".
...".

Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el año anterior al que adquirió el status pensional, esto es el primero de julio de 2004"

Así, acorde con la línea jurisprudencial vigente para liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, se tiene que, la pensión de jubilación se debe reconocer en porcentaje o con una tasa de remplazo del 75% sobre todas las sumas que constituyan salario devengadas en el año anterior a que se adquirió el status pensional.

2.3.2. CASO CONCRETO.

Se encuentra probado que el señor JAIRO JOSÉ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, nació el 6 de enero de 1950 y prestó sus servicios como docente nacionalizado durante más de 20 años, tal como se reconoce en la Resolución No. 02222 del 18 de mayo de 2005.

De igual forma, está acreditado que ingresó al servicio público educativo el 22 de mayo de 1972¹³, razones estas por las que goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985, al ser vinculado al servicio

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. (0208-2007). Nota de la cita.

¹³ Certificado de tiempo de servicios obrante a folio 10.

público estatal antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (fol. 9 del C. Ppal).

Igualmente, es un hecho cierto que le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en calidad de docente nacionalizado, a partir del 7 de enero de 2005, y que para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta en un equivalente del 75% de la asignación básica mensual devengado durante el último año de servicio, tal como se evidencia en el acto administrativo que le reconoce la pensión, Resolución No. 0222 del 18 de mayo de 2005.

Teniendo en cuenta, el régimen aplicable, y la interpretación frente al tema de factores salariales citado en acápite anterior, al actor le asiste derecho a que le sean incluidos como tales, todos aquellos devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado.

En tal sentido, al incluirse solo la asignación básica mensual, se le dejaron por fuera, la prima vacacional, prima de navidad, la prima de grado y la prima de alimentación, de los cuales se encuentra prueba de haber sido devengados dentro del último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionado, como lo hace constar el certificado de salarios obrante a folio 11 del expediente.

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 además de la asignación básicas mensual, prima vacacional, prima de navidad, la prima de grado y la prima de alimentación¹⁴

En otras palabras, este Tribunal 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, 53 y 230

¹⁴ Respecto de la prima de alimentación y el derecho que le asiste al personal docente de gozar de ella, el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

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.

En este punto, es menester aclarar, como bien lo dejó sentado él *A quo* en la sentencia objeto de alzada, que la prima semestral la percibió el pensionado por haber prestado sus servicios al Departamento de Sucre, (Institución Educativa Francisco José de Caldas en el municipio de Corozal) prestación esta que se devengaba en razón a la Ordenanza 08 de 1985 de la Asamblea Departamental de Sucre, acto administrativo que fue declarado nulo por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, mediante sentencia del 22 de mayo de 2008, con efectos retroactivos; es decir, se observan como si el acto cuya nulidad se decretó no hubiera existido; siendo así, se imposibilita la aplicación para el efecto de la teoría de los derechos adquiridos, dado que, en tal circunstancia se carecería de un título jurídico que le sirva de soporte a la adquisición del derecho, posición esta asumida por este Tribunal en decisiones anteriores¹⁵ y que ahora se reitera, por lo que este factor salarial, efectivamente no debe tenerse en cuenta para la reliquidación ordenada.

2.4 CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

En atención a que no prosperó el recurso de apelación, se condenará a la parte recurrente-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 él *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

¹⁵ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, Sentencia del 22 de mayo de 2014, Radicación: 70-001-33-33-001-2013-00025-01, Demandante: Miguelina Martínez Angulo, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "UGPP", M.P. Moisés Rodríguez Pérez. Sentencia de Mayo 29 de 2014, Radicación: 70-001-33-33-008-2013-00032-01; Demandante: Remberto Enrique Pérez Merlano, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "Ugpp", M.P. Rufo Arturo Carvajal Argoty.

3. DECISIÓN:

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, de fecha 12 de agosto de 2016, 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° **67**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA