



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo, dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)

**Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Actor: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

**SENTENCIA N° 083**

**I. ASUNTO A DECIDIR**

Decide la Sala, la apelación formulada por la entidad demandada contra la sentencia del 2 de mayo de 2014, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo con funciones en el sistema oral, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. La demanda.**

ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ , por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurado en contra de la NACIÓN

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

– MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE, pretende que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 0719 de 30 de diciembre 2004, a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a favor del actor, con el propósito de incluir en la base liquidación de la pensión, la totalidad de los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición de status pensional.

Como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicita:

1. Se ordene a las entidades demandadas, la inclusión en la base de liquidación de la pensión de jubilación, el promedio de todos y cada uno de los factores salariales devengados por él, el año anterior a la fecha de cumplimiento del status de pensionado, tales como: auxilio de movilización, prima de alimentación, prima de grado, prima rural, prima de servicios del 20%, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sobresueldo por dirección, entre otras. Con efectos fiscales a partir del momento en que cumplió los requisitos para su pensión en virtud de la ley y la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado, de fecha 4 de agosto de 2010, radicado 2006-07509-01, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
2. Se ordene el pago de las diferencias de las mesadas generadas a partir del nuevo valor de la pensión, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos por el pensionado, desde la fecha de status hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del nuevo valor reconocido.
3. Se ordene el reconocimiento, liquidación y pago, de los intereses de mora, sobre las sumas adeudadas, conforme a lo establecido en el artículo 192 del CPACA.
4. Se ordene el cumplimiento a la sentencia, conforme lo dispone el artículo 189 y 192 del CPACA.
5. Se condene en costas a los entes demandados, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

## **2.2. Los supuestos fácticos.**

A través de la Resolución N° 0719 del 30 de diciembre de 2004, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, reconoció la pensión de jubilación del señor Arturo Ávila

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Meléndez, tomando como base para su liquidación sólo la asignación básica mensual, sin incluir los demás factores salariales devengados por él.

Empero, el año anterior a la adquisición del status de pensionado, se afirma que el actor percibió como factores salariales: sobresueldo, prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional docente y prima de navidad.

### **2.3. Recuento procesal.**

La demanda fue presentada el 19 de diciembre de 2012<sup>1</sup>, admitida por auto del 30 de enero de 2013<sup>2</sup> y notificada por medio electrónico al Ministerio Público, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora S.A. el 14 de febrero de 2013<sup>3</sup>, así como al Departamento de Sucre el 3 de julio de 2013<sup>4</sup>, por conducta concluyente.

### **2.4. Contestación de la demanda.**

#### **2.4.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>5</sup>.**

Presentó su escrito de contestación de forma extemporánea.

#### **2.4.2. Departamento de Sucre.<sup>6</sup>**

Valido de mandatario, el Departamento de Sucre estuvo por la improsperidad de las pretensiones, argumentando la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto el llamado a comparecer en el proceso, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como fundamento del medio exceptivo propuesto, arguyó que la Secretaría de Educación Departamental, suscribió el acto administrativo demandado, en calidad de representante del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, más no en representación del Departamento de Sucre, de conformidad con las facultades conferidas por la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

---

<sup>1</sup> Fl. 13 C. N° 1.

<sup>2</sup> Fl. 26 y reverso C. N° 1.

<sup>3</sup> Fl. 30 C. N° 1.

<sup>4</sup> Fl. 78 C. N° 1.

<sup>5</sup> Fl. 47-57 C. N° 1.

<sup>6</sup> Fl. 89-91 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

## **2.5. Anotación procesal.**

Deja la Sala constancia, que con ocasión de la celebración de la audiencia inicial<sup>7</sup>, *el a quo* determinó la falta de legitimación por pasiva del Departamento de Sucre, prescindiendo así, su participación en el proceso.

## **2.6. La sentencia recurrida<sup>8</sup>.**

El Juez de instancia accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad parcial de la Resolución N° 0719 del 30 de diciembre de 2004, ordenando a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la inclusión como factores salariales además de la asignación básica mensual, de la prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional docente, y prima de navidad, devengados en el último año de servicio.

Así mismo, declaró probada la excepción de prescripción en relación a las diferencias de las mesadas, surgidas con anterioridad al 19 de diciembre de 2009, debido a que la demanda fue presentada el 19 de diciembre de 2012.

En relación con los factores salariales aplicables, señaló que, el docente Arturo Ávila Meléndez, se encontraba cobijado por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez, que a la fecha de entrada en vigencia de dicho sistema pensional -I de abril de 1994-, contaba con más de 40 años de edad, y además, acreditaba un tiempo de servicio mayor de 15 años; en efecto, concluyó que régimen aplicable era el establecido en la Ley 33 de 1985.

No obstante, indicó que a pesar de que la liquidación pensional había sido con base en la Ley 33 de 1985, no se incluyeron todos los factores devengados durante el último año de servicio.

## **2.7. El recurso de apelación.**

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la entidad demanda interpuso recurso de apelación así:

---

<sup>7</sup> Fl. 98 al 106 C. N° 1

<sup>8</sup> Fl. 208-214 reverso C. N° 2.

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

### **2.7.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio <sup>9</sup>.**

Solicitó la revocatoria de la sentencia proferida por el *A quo*, argumentando que conforme a la normatividad que rige el asunto, esto es, la Ley 6 de 1945, Ley 4<sup>a</sup> del 1966, Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y el Decreto 196 de 1995, no existe la posibilidad de reconocer y pagar el reajuste a la cuantía de la pensión vitalicia de jubilación a favor del docente.

### **2.8. Actuación en segunda instancia <sup>10</sup>**

Mediante auto de julio 11 de 2014, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 2 de mayo de la misma anualidad por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo<sup>11</sup>; por auto de 23 de julio de 2014, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión<sup>12</sup>.

### **2.9. Alegatos de conclusión.**

Las partes demandante y demandado, así como el Ministerio Público, se abstuvieron de pronunciamiento en esta etapa.

## **III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación ya identificada.

### **3.1. Problemas jurídicos**

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación, para tal fin, formulará los siguientes problemas jurídicos:

¿Es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Arturo Ávila Meléndez, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición de su estatus pensional, como la prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional, y prima de navidad?

---

<sup>9</sup> Fl. 222-229 C. N° 2.

<sup>10</sup> Fl. 2 al 29, C. alzada.

<sup>11</sup> Fl. 3 C. alzada.

<sup>12</sup> Fl. 17 C. Alzada.

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Para solventar el mérito del sub examine, la Sala hará alusión a los siguientes temas alegados en el proceso a saber: (i) Régimen pensional para docentes oficiales -Ley 33 de 1985-; (ii) Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985; (iii) Caso concreto; y (iv) Conclusión.

### **3.2. Régimen pensional para docentes públicos -Ley 33 de 1985-.**

La Ley 6 de 1945<sup>13</sup>, sobre prestaciones oficiales, consagró:

*“ARTÍCULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*

*(...)*

*b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados...”.*

En materia de jubilación esta ley regía, en principio, para los empleados del sector público nacional y del sector privado; que luego se extendió para los servidores territoriales. A los primeros aplicó hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968, que al respecto dispuso:

*“ARTÍCULO 27. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio”.*

Y los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos al régimen de la Ley 6<sup>a</sup> de 1945, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985.

Con la expedición del Decreto Ley No. 2277 de 1979 se estableció el Estatuto Docente, que comprende un régimen especial en materia salarial y prestacional; pero esta disposición no reguló las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos<sup>14</sup>, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.

En ese sentido la Ley 33 de 1985, establece:

*“ARTÍCULO 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*

<sup>13</sup> Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo.

<sup>14</sup>El Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “B”, en sentencia del 18 de febrero de 2010, No. Interno 0363- 2009, reiteró que los docentes oficiales no tienen un régimen especial en material de la pensión ordinaria de jubilación.

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

**respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) 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.*

...

*Parágrafo. 2°. 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. 3°. 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.”.*

Ahora, 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; que en su artículo 15, estableció:

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

*1°. 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 1° 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...”.*

Como se observa, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° 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 o las que se expidan en el futuro; es decir, que por remisión de la Ley 91 de 1989, a éstos les es aplicable la Ley 33 de 1985, que para entonces era el régimen legal general en pensión;

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

y los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Además, la Ley 60 de 1993, en su artículo 6 dispuso 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 ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se le respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial...”*

Bien vale la pena precisar que con la expedición de la Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, se excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, al tenor:

*“Así mismo, se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”*

Como el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes, es claro entonces que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal previo, contenido entonces en la Ley 33 de 1985<sup>15</sup>.

Luego con la expedición de la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, se ratificó que el régimen de jubilación aplicable para los docentes nacionales para entonces era la Ley 33 de 1985, en el siguiente sentido:

*“ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores”.*

---

<sup>15</sup> Cfr. Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 17 de febrero de 2011, expediente No. 54001-23-31-000-2003-00630-01(0802-10), C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, en la que se recuerda el régimen jurídico aplicable para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Es importante resaltar, que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, norma que por su claridad, es necesario transcribir y es reiterada por el Acto Legislativo 01 de 2005<sup>16</sup>:

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

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

Corolario, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, se rigen por las normas pensionales anteriores (ley 33 del 1985; ley 62 del 1985, y la ley 91 del 1989); y los vinculados después de esa ley se rigen por el sistema general de seguridad social integral, es decir, Ley 100 de 1993 y ley 797 de 2003, y normas posteriores.

### **3.3. Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985.**

Atinente a los factores que se deben tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejero Ponente Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en la que se concluyó que para establecer el ingreso base de liquidación de las pensiones, no se debe acudir a la relación taxativa de factores salariales señalados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de la misma anualidad, sino a todas 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. Cita la providencia, así:

*“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.”*

---

<sup>16</sup> PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

(...)

*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 cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.” (Negrillas de la Sala)*

De igual forma, en el proveído en mención el Consejo de Estado para explicar su posición en cuanto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta para definir la cuantía de la mesada pensional, se apoya en el principio de favorabilidad de la ley en materia laboral, en el siguiente sentido:

*“La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que sólo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podría entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.*

*Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en 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<sup>17</sup>.”*

La Sala destaca que, la anterior posición jurisprudencial se viene reiterando desde entonces en sentencias proferidas con posterioridad<sup>18</sup>, en las cuales se da aplicación a las Leyes 33 y 62 de 1985, en su integridad; es decir, para efectos de las reliquidaciones ordenadas se han tenido en cuenta todos los factores salariales recibidos por el trabajador en el último año de servicios.

Luego entonces, como la preceptiva contenida en el artículo 1º de en la Ley 62 de 1985 debe entenderse como un principio general; razón por la cual, no puede considerarse

<sup>17</sup> Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>18</sup> Véase las sentencias de la Sección Segunda, del 3 de febrero de 2011, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, No. Interno 0665-08; del 17 de marzo del 2011, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. Interno 1159-10; 14 de diciembre de 2011, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, No. Interno 0306 -2010; del 7 de febrero de 2013, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, No. Interno 1542-2012; del 20 de marzo de 13, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. Interno 03412012.

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

de manera taxativa; debiendo incluirse todos los factores efectivamente devengados; advirtiéndose que se deben realizar los aportes que correspondan; atendiendo en todo caso el concepto de salario determinado por el Decreto 1045 de 1978. Con esa perspectiva, el Consejo de Estado expuso:

*“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.*

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones**, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.”<sup>19</sup>  
(Negrillas del Original)*

De acuerdo con las miramientos anteriores, se tiene que la Ley 33 de 1985, admite que para la liquidación de la mesada de la pensión vitalicia de jubilación del empleado se tengan en cuenta todos los factores salariales devengados por éste durante el año último de servicio, y en caso de que no se hayan efectuado las deducciones por aportes sobre todos los factores, se concede a la Caja de Previsión o a la entidad respectiva el derecho a realizarlo, para cubrir los nuevos factores salariales base de liquidación pensional.

### **3.4. Caso Concreto.**

#### **3.4.1. De lo Probado.**

- ✓ Que el señor ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ, nació el día 30 de septiembre de 1949<sup>20</sup>; por tanto, para la fecha del reconocimiento de la pensión; esto es el año 2004; contaba con 55 años; con lo cual había logrado la edad para pensionarse.
- ✓ El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por conducto del representante del Ministerio de Educación Nacional, delegado ante el Departamento de Sucre, reconoció al docente Arturo Ávila Meléndez, la pensión vitalicia de jubilación a

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección 2ª, sentencia del 16 de febrero de 2012, radicación N°25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11), C.P: Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>20</sup> Fl. 15 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
 Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
 Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
 Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
 Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

través de la Resolución N° 0719 de 30 de diciembre de 2004, en cuantía del 75% sobre el promedio de la asignación básica mensual del último año de servicio<sup>21</sup>.

De conformidad con las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ, alcanzó su status jurídico el día 30 de septiembre de 2004, y que a la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), el mismo superaba los 40 años de edad<sup>22</sup>, y se encontraba laborando al servicio del Departamento de Sucre<sup>23</sup>; razones por la cual, de conformidad con el artículo 36 de esa disposición, el actor se encontraba cobijado por el régimen de transición; por consiguiente, le es aplicable la Ley 33 de 1985.

En ese orden de ideas, cuando se trata de liquidar las pensiones de jubilación ordinarias o de derecho de los servidores públicos amparados por los regímenes de pensiones anteriores a la Ley 100 de 1993 (Ley 33 de 1985, así como la Ley 6ª de 1945), debe tenerse en cuenta todo lo percibido por el beneficiario durante el último año de servicio, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no haya mención taxativa en la norma.

La anterior síntesis arroja la suficiente claridad conceptual sobre la materia, para ahora sí abordar, el análisis fáctico que sustentan la demanda en la que se solicita la nulidad parcial del acto administrativo Resolución N° 0719 de 2013, en las que presuntamente se liquidó de forma equivocada la pensión vitalicia de jubilación del actor.

Ahora bien, teniendo en cuenta la certificación proveniente del Líder de Programa Administrativo y Financiero de Oficina de Recursos Humanos, de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre<sup>24</sup>, se tiene que el señor ÁVILA MELÉNDEZ, para los años 2003 y 2004 devengó los siguientes valores de forma anual:

<b>Factores salariales</b>	<b>Año 2003</b>	<b>Año 2004</b>
Asignación Básica mensual	\$ 1.108.997	\$ 1.166.776
Sobresueldo	\$ 0,00	\$0,00
Prima de Alimentación	\$ 21.451	\$21.451
Prima de Transporte	\$ 0,00	\$0,00
Auxilio de Movilización	\$ 0,00	\$0,00
Prima de Clima	\$ 0,00	\$0,00
Prima de grado	\$ 150,00	\$150,00
Horas Extras	\$ 0,00	\$ 0,00
Prima Semestral	\$0,00	\$0,00
Prima Vacacional Docente I/12	\$ 565.224,00	\$ 594.113,50
Prima de Navidad	\$ 1.177.550,00	\$ 1.237.736,46

<sup>21</sup> Fl. 15-16 C. N° 1.

<sup>22</sup> De acuerdo a su fecha de nacimiento, acreditaba para el 1 de abril de 1994, la edad de 44 años, 7 meses.

<sup>23</sup> El tiempo de servicio a esta fecha era de 19 años, 11 meses y 13 días, ver folio 4 Cuaderno de Prueba.

<sup>24</sup> Fl. 17 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

Con esa verificación, se advierte que no hay duda que el actor tiene derecho a que se le reliquide su pensión de vejez en cuantía del 75%, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio; es decir, además de la **asignación básica mensual**, deberá incluirse la **prima de alimentación, la prima de grado, la prima vacacional docente y la prima de navidad**, como quiera que constituyen factores de salario, de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, inclusive, así no hayan sido objeto de aportes por el empleador, toda vez que no sería justo que fueran los beneficiarios los llamados a responder por los yerros de la administración cuando omite su deber de efectuar los aportes que la ley dispone, de suerte que lo que procede es ordenar que la entidad demandada haga los descuentos a que haya lugar por este concepto<sup>25</sup>.

Colofón, acogida por esta Colegiatura la interpretación y argumentos expuestos por el Consejo de Estado sobre este tópico, se colige que para liquidar las pensiones de jubilación o vejez reconocidas bajo la Ley 33 de 1985, se debe tener en cuenta todos los factores salariales devengados por el trabajador durante el último año de servicio en que alcanzó el status de pensionado; y en caso de que no se hayan efectuado las deducciones por aportes sobre todos los factores, se concede a la Caja de Previsión respectiva el derecho a realizarlo, para cubrir los nuevos factores salariales base de liquidación pensional.

### **3.5. Conclusión**

En este contexto, considera esta Corporación que la respuesta al primer problema jurídico planteado es positiva, por cuanto se acreditó que el actor fue liquidado sin la inclusión de factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición de su status pensional, por lo que tiene derecho a la reliquidación en cuantía del 75% con la inclusión de éstos.

### **3.6. Condena en costas.**

De conformidad con el 188 de CPACA, y del 365 del C.G.P., habrá lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte demandada UGPP, por cuanto en recurso impetrado no tuvo vocación de prosperidad; así mismo, se ratifica como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, que el régimen de condena en costas no obedece actualmente en el proceso contencioso administrativo a criterios subjetivos, sino objetivos.

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto del 2010, CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente N° 0112-09.

Expediente: 70-001-33-33-005-2012-00124-01  
Demandante: ARTURO ÁVILA MELÉNDEZ  
Demandando: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE  
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Procedencia: JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO  
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN –FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

#### **IV. DECISIÓN**

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 2 de mayo de 2014 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandada en esta instancia, las cuales serán tasadas por el juez de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

Se hace constar que esta providencia fue estudiada en la Sala de la fecha, según Acta N° 139.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

Magistrado

**LUIS CARLOS ÁLZATE RÍOS**

Magistrado

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

Magistrado