



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, nueve (09) de Febrero de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70 001 23 33 000 2014- 00164- 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Tema: SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN DEL PERSONAL DOCENTE NACIONAL – APLICACIÓN DE LA LEY 33 DE 1985 - DOCENTE NACIONAL - FACTORES SALARIALES APLICABLES A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

SENTENCIA No. 005

I. OBJETO A DECIDIR

Procede la Sala a proferir sentencia dentro del proceso de la referencia, en donde el objeto del proceso consiste en determinar si es procedente o no declarar nulo el Oficio No. SEM –PS-1.8.3. 131 del 26 de mayo de 2014; suscrito por la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo, a través del cual se negó a la señora MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ, la reliquidación de la pensión de jubilación.

II. DEMANDANTE

Expediente:	70 001 23 33 000 2014 00164 00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia:	PRIMERA
Tema:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

El presente medio de control fue instaurado por la señora MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ, identificada con la C.C. N° 26.083.440 expedida en San Andrés de Sotavento-Córdoba, quien actúa por intermedio de apoderada judicial debidamente constituida.

III. DEMANDADO

La acción está dirigida en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quien concurre por conducto de apoderada judicial, formalmente constituida.

IV. ANTECEDENTES

4.1.- La demanda¹.

4.1.1.- Pretensiones².

La señora MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ, a través de apoderada judicial, acudió ante esta Corporación en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dirigido contra el MINISTERIO DE EDUCACIÓN, demandando sumariamente lo siguiente:

- Se declare la nulidad del Oficio No. SEM-PS-I.8.3. 131 del 26 de mayo de 2014, proferido por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante la cual se resolvió y se negó la solicitud de revisión de la reliquidación pensional.
- Se declare que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada, pague la reliquidación de la pensión de jubilación en cuantía de \$3.888.191, a partir del 30 de diciembre de 2011.
- Se ordene al ente demandado, para que sobre la revisión de la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida se paguen los reajustes pensionales decretados a favor de la demandante, por concepto de la Ley 71 de 1998 y Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la nueva cuantía pensional.

¹Fl. 1 al 18.

²Fl. 1 y 2.

Expediente: 70 001 23 33 000 2014 00164 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia: PRIMERA
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

- Se condene al ente acusado, pague en favor de la demandante las diferencias de las mesadas pensionales, entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer, según la petición anterior.
- Se establezca que sobre las sumas que resulte condenada a pagar, se le reconozca al actor los ajustes al valor, conforme al IPC, según lo ordena el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
- Se le imponga a la entidad demandada el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; al pago de los intereses moratorios después del término antes prescrito; y al pago de los intereses comerciales, conforme lo establece el artículo 195 ibídem.
- Se condene en costas a la entidad demandada, conforme lo prevé el artículo 188 del CPACA.

4.1.2.- Supuestos fácticos³:

Se indica que la señora MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ, laboró como docente nacional por más de veinte años, entre el 1º de marzo de 1977 hasta el 30 de diciembre de 2011, fecha a partir de la cual se desvinculó definitivamente del servicio oficial.

Que la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 0487 del 29 de noviembre de 1999, reconoció la pensión de jubilación de conformidad con las Leyes 71 de 1988 y 91 de 1989 a partir del 2 de mayo de 1999 y en cuantía de \$549.316, teniendo en cuenta que nació el 1 de mayo de 1949.

Luego, mediante Resolución No. 0397 del 11 de diciembre de 2012 se reliquidó la pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio oficial, de conformidad con las leyes 71 de 1988, 91 de 1989 y 812 de 2003, a partir del 30 de diciembre de 2011 y en cuantía de \$1.911.081.

Así mismo, señala que el ente demandado al momento de la reliquidación sólo tuvo en cuenta la asignación básica mensual, prima de alimentación y la prima de vacaciones devengados entre el 30 de diciembre de 2010 al 29 de diciembre de 2011, arrojando un valor pensional de \$1.911.081; no obstante se dejaron de incluir otros factores, tales como la *prima navidad* y el *pago por antigüedad*, debidamente certificados.

³Fl. 2 y 3.

Expediente:	70 001 23 33 000 2014 00164 00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia:	PRIMERA
Tema:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

En atención a lo anterior, el 14 de noviembre de 2013 elevó ante el Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitud de revisión de la reliquidación de la pensión de jubilación por nuevos factores de salario, dado que no le fueron tenidos en cuenta a efectos de la liquidación pensional, todos los factores salariales por ella devengados.

Como consecuencia, la entidad demandada mediante el Oficio No. SEM-PS-I.8.3-131 del 26 de mayo de 2014, negó la solicitud de reliquidación con inclusión de la prima de navidad, argumentando que no es factor de liquidación de los docentes con vinculación nacional consagrado en el manual de actas de liquidación de prestaciones sociales aprobadas por el Ministerio de Educación Nacional. En lo que respecta a la prima de antigüedad, la entidad demandada guardó silencio

Finalmente, afirma que el último lugar de prestación de servicios del actor fue el Municipio de Sincelejo-Sucre.

4.1.3.- Normas violadas y concepto de violación⁴

El apoderado judicial de la parte demandante, expuso como normas violadas de orden constitucional, Art. 2, 6, 25 y 58; legal, Ley 6 de 1945; Ley 4 de 1966, art. 4 y Decreto reglamentario 1743 de 1966, art. 5; Decreto 3135 de 1968 y su reglamentario Decreto 1848 de 1969; Ley 57 de 1887, art. 5; Ley 91 de 1989; Ley 812 de 2003, art. 81.

Argumentó que, de acuerdo con la Ley 6 de 1945 cumple con los requisitos para hacerse acreedora a la pensión de jubilación (20 años de servicios y 55 años de edad) y, por ende, su correspondiente reliquidación o revisión, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el momento de adquisición del status pensional.

Sostiene además que, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en consecuencia para efectos de liquidar la pensión de jubilación de la demandante, la entidad debió dar aplicación a la Ley 4 de 1966, porque la nueva ley determinó que las prestaciones de los docentes nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, continuarían regulándose por las disposiciones vigentes en cada entidad territorial. En ese orden, la pensión de la demandante debió ser calculada con el 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicios, con inclusión de todos los factores de salario.

⁴Fl. 3 al 16.

Expediente: 70 001 23 33 000 2014 00164 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia: PRIMERA
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

Como concepto de la violación, expuso la demandante que el acto acusado viola la ley y está falsamente motivado. Por último, citó antecedentes jurisprudenciales del H. Consejo de Estado y de este Tribunal, sobre el tema.

4.2.- Contestación de la demanda.

La entidad demandada presentó contestación de forma extemporánea, esto es el día 4 de diciembre de 2014, cuando la oportunidad legal pertinente feneció el día 13 de noviembre de ese mismo año, toda vez que la demanda se notificó personalmente al buzón electrónico del ente demandado el día 26 de agosto de 2014, tal como se denota en el acuse de recibido obrante a folio 47 del expediente, empezando a correr el término común de 25 días el día 27 de agosto hasta el 30 de septiembre del año 2014, seguido del traslado de la demanda, el cual inició el día 1º de octubre y finalizó el 13 de noviembre ibídem.

V.- ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda fue admitida el 12 de agosto de 2014⁵ y notificada por medio electrónico al Ministerio de Educación, Ministerio Público, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el 26 de agosto de 2014⁶; luego, por auto de 15 de diciembre de 2014⁷, se fijó fecha de audiencia inicial de conformidad con lo preceptuado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte Demandante.

Reitera lo deprecado en el libelo introductorio, en los mismos términos y argumentos expuestos, adicionando precedentes jurisprudenciales del H. Consejo de Estado.

6.3. Del Ministerio Público.

El delegado del Ministerio Público ante esta Corporación, consideró que es procedente la petición formulada por la demandante, en atención a que a la señora Martha Cecilia Riso Díaz se le dejaron de computar como IBL varios factores devengados en el último año de servicios. Expresa además, que la Ley aplicable a la demandante es la 33 de 1985, norma que regula unos factores a tener en cuenta para la liquidación pensional, no obstante indica que ellos no son taxativos sino meramente enunciativos.

⁵Fl. 37.

⁶Fl. 44 – 48.

⁷Fl. 79.

Expediente:	70 001 23 33 000 2014 00164 00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia:	PRIMERA
Tema:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

Añade que, revisado el material probatorio arrimado al expediente –certificaciones de salario y tiempo de servicio- se encuentra acreditado que la demandante devengó como factores la prima de navidad y de antigüedad.

Por último precisó, que si bien el Tribunal Administrativo de Sucre en sentencia del año 2013 declaró nula la prima de antigüedad, dicha providencia no le es aplicable a la demandante como quiera que para la fecha ya tenía consolidado el derecho. Colofón solicita se declare la nulidad del acto demandado y que en su defecto se le ordene incluir la prima de navidad y de antigüedad, reliquidando la pensión de jubilación de la demandante, luego entonces deberán deducirse los aportes que no fueron objeto de descuentos.

VII. CONSIDERACIONES:

7.1. Competencia:

El Tribunal es competente para conocer en Primera Instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

7.2. Acto administrativo demandado:

Se pretende la nulidad del Oficio No. SEM-PS-1.8.3.131 del 26 de mayo de 2014, suscrito por la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo.

7.3. Problema jurídico a resolver:

Procede la Sala a resolver los siguientes problemas jurídicos, estructurados de conformidad con el marco establecido, en la etapa de fijación del litigio, dentro de la audiencia inicial celebrada en el *sub judice*:

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

¿Existe mérito para declarar nulo el acto administrativo contenido en el Oficio N°SEM-PS-1.8.3.131 del 26 de mayo de 2014, a través del cual la entidad demandada negó la revisión y/o ajuste de la reliquidación de la pensión de jubilación pensional a la señora MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ, con inclusión de los factores de prima de navidad y prima de antigüedad devengados por la actora durante el último año de servicios, esto

Expediente: 70 001 23 33 000 2014 00164 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia: PRIMERA
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

es entre el 1º de enero al 30 de diciembre de 2011?

Para resolver el mérito del *sub examine*, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) La normativa aplicable para la pensión de los docentes nacionales y nacionalizados; (ii) Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985; (iii) Caso concreto; (iv) Conclusión.

7.4. La normativa aplicable para la pensión de los docentes nacionales y nacionalizados:

La Ley 100 de 1993 creó el "sistema de seguridad social integral" y como parte de él estructuró el "sistema general de pensiones", pero exceptuando de su aplicación algunos sectores de pensionados, entre ellos "los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989.

A su turno, la Ley 91 de 1989, consagra las funciones y obligaciones que asume dicho órgano, en su aparte pertinente, así:

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

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

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

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

De las anteriores normas, resulta claro que para los docentes nacionales y nacionalizados, vinculados a partir del 1 de enero de 1981, es aplicable el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, y dichas pensiones estarán a cargo del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Expediente: 70 001 23 33 000 2014 00164 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia: PRIMERA
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

La ley 812 de 2003⁸ aprobó "el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario". Esta normativa, en sus dos primeros incisos reguló lo referente al régimen pensional de los docentes oficiales, así:

"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".(Resaltado por la Sala)

La normativa hasta ahora reseñada permite concluir que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha de vinculación del docente al servicio educativo estatal, así:

i) Si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la **ley 812 de 2003**, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular.

Igualmente, de lo dicho se desprende que a los docentes nacionales y nacionalizados les es aplicable la Ley 33 de 1985, en su calidad de empleados públicos. En apoyo de la anterior interpretación, el H. CONSEJO DE ESTADO, en providencia que la Corporación trae a colación en su aparte pertinente, en donde se clara la aplicabilidad del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 a los docentes afiliados al fondo, y la obligación de este de cubrir dicha prestación:

"El artículo 15 numeral 1° de la Ley en mención indicó las disposiciones que se aplicarían a los docentes Nacionales y Nacionalizados y a los que se vincularan con posterioridad al 1° de enero de 1990. Para resolver el sub – lite en lo pertinente dispuso: ... El señor Bernardo Fernández Calderón, en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el 1 de octubre de 1977, por ende se le aplica la disposición antes transcrita, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes. Es decir, el demandante mantiene el régimen vigente en la entidad territorial en la fecha en que formuló la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, que lo fue el 12 de noviembre de 2002. En materia de pensión de jubilación en esa época se hallaba vigente la Ley 33 de 1985, "por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público." El artículo 1° de esta Ley dispuso: ... El inciso

⁸Esta ley entró en vigencia al 27 de junio del 2003, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 137.

Expediente: 70 001 23 33 000 2014 00164 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia: PRIMERA
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

segundo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedarán sujetos a la regla antes transcrita, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones. Además del régimen especial que se ha establecido en favor de los docentes oficiales referido a la posibilidad que tienen de percibir simultáneamente pensión de jubilación, sueldo y cuando haya lugar a ella, acceder a la pensión gracia; en materia de pensión ordinaria de jubilación el ordenamiento jurídico no ha previsto ninguna especialidad en su tratamiento. Así se desprende de la normatividad que se ha expedido a favor de los servidores del ramo de la docencia. Lo anterior por cuanto el régimen especial de pensiones se caracteriza porque algunas de sus disposiciones contemplan de manera expresa, condiciones relacionadas con la edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada pensional distintos a los establecidos en la norma general. La Ley 33 de 1985 se aplica a los empleados oficiales de cualquier orden, salvo los regímenes de excepción y los especiales, en los términos antes indicados. Se repite, el ordenamiento jurídico no prevé un régimen especial de pensión ordinaria de jubilación en favor de los docentes oficiales.”⁹

En providencia posterior, en igual sentido, aclara:

“En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez - ordinaria (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación - derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.”¹⁰

Por lo anterior, para la Sala es claro que dado que la normativa aplicable es la Ley 33 de 1985, es a esta a la que hay que acudir para efectos de determinar el salario de liquidación, normativa que en su artículo 3°, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establecen que hacen parte del salario base de la liquidación de la pensión el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, incluyendo la asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, pero en todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes, sin que dicha enumeración se entienda como excluyente de otros factores que por su naturaleza o norma especial son salario.

7.5. Liquidación pensional en virtud de la Ley 33 de 1985.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ (E). Sentencia del 3 de abril de (2008). Radicación número: 15001-23-31-000-2003-00141-01(1564-07). Actor: BERNARDO FERNÁNDEZ CALDERÓN. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 12 de febrero de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01801-01(1873-08). Actor: MARINA EDELMIRA MORALES ASCENCIO. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

Expediente: 70 001 23 33 000 2014 001 64 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia: PRIMERA
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

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 3° de la Ley 33 de 1985, modificada por el artículo 1° 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.”

(...)

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

Expediente: 70 001 23 33 000 2014 001 64 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia: PRIMERA
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios¹¹.”

La Sala destaca que, la anterior posición jurisprudencial se viene reiterando desde entonces en sentencias proferidas con posterioridad¹², 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; por lo tanto, no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados, advirtiendo 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.”¹³

¹¹ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹² 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.

¹³ Consejo de Estado, Sección 2ª, sentencia del 16 de febrero de 2012, radicación N° 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11), CP: Luis Rafael Vergara Quintero.

Expediente: 70 001 23 33 000 2014 00164 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia: PRIMERA
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

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 respectiva el derecho a realizarlo, para cubrir los nuevos factores salariales base de liquidación pensional.

7.6.- Caso Concreto.

7.6.1.- De lo probado.

Del material probatorio recabado, se pueden realizar las siguientes aseveraciones:

- Que la señora MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ, nació el día 1 de mayo de 1949¹⁴.
- Que mediante la Resolución No. 0397 de fecha 11 de diciembre de 2012, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ, en cuantía de un millón novecientos once mil ochenta y un pesos (\$1.911.081,00), efectiva a partir del 30 de diciembre de 2011; tomándose el 75% del promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, cuales son: asignación básica mensual, prima de alimentación y prima de vacaciones¹⁵.
- Que mediante Oficio SEM – PS-1.8.3-131 del 26 de mayo de 2014, la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo dio respuesta a la petición de la actora, negando la solicitud de ajuste de la pensión de jubilación¹⁶.
- Que la señora MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ, en el periodo laborado del 1-01-2011 al 31-12-2011¹⁷, devengó los siguientes factores:

FACTORES SALARIALES	DESDE:	01-01-2011
	HASTA:	31-12-2011
Asignación Básica		\$2.425.592
Antigüedad		\$2.425.592
Prima de Navidad		\$2.526.658
Prima de vacaciones docentes		\$1.212.796

¹⁴ Fl. 26, reposa copia de la cédula de ciudadanía.

¹⁵ FIs. 28 - 30.

¹⁶ Fl. 20.

¹⁷ Fl. 32.

Expediente: 70 001 23 33 000 2014 00164 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia: PRIMERA
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

TOTAL	\$8.590.638
--------------	--------------------

Conforme las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ, le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO mediante Resolución No. 0487 del 29 de noviembre de 1999, en calidad de docente nacional, tal como se avizora en el cuerpo de la Resolución No. 0397 de 2012 que ordena la reliquidación de la pensión. Por otro lado, se encuentra acreditado que el último año de servicios de la actora fue el que transcurrió entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2011.

Así mismo, se tiene que a la fecha de entrada en vigencia la ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), superaba los 35 años de edad¹⁸ y más de 15 años de servicio¹⁹, según da cuenta la historia laboral, razón por la cual, de conformidad con el artículo 36 de esa disposición, la actora se encontraba cobijada por el régimen de transición; por consiguiente, le es aplicable la Ley 33 de 1985 y no la Ley 6ª de 1945 como erradamente lo expresa en los fundamentos de hecho y en el concepto de violación de la demanda.

Al tenor, es menester precisar que cuanto entró a regir la Ley 33 de 1985, esto enero 29 de 1985, la demandante no cumplía con el requisito de tiempo de servicios (15 años continuos o discontinuos de servicio), exigidos en dicha Ley, para hacerse beneficiaria del régimen de transición contenido en el parágrafo 2²⁰ de la precitada norma.

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 del Oficio No. SEM –PS-1.8.3-131 de 2014, en las que se negó el ajuste de la reliquidación pensional dela actora, con inclusión de la prima de navidad y la prima de antigüedad devengadas por la actora en el último año de servicio.

¹⁸ De acuerdo a su fecha de nacimiento, acreditaba para el 1 de abril de 1994, la edad de 45 años.

¹⁹ Contaba con 17 años, 1 mes, de servicio. ver folio 33.

²⁰**Parágrafo 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, o 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.

Expediente: 70 001 23 33 000 2014 00164 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia: PRIMERA
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

Precisa la Corporación, que la demandante es docente nacional y no Departamental; luego entonces el argumento expuesto por el Agente del Ministerio público respecto a la declaratoria de nulidad de la prima de antigüedad por sentencia de este Tribunal, no es aplicable para el presente caso.

Ahora, teniendo en cuenta la certificación de salarios expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo, la cual si bien reposa en copia simple, esta Corporación le dará pleno valor probatorio en atención a que no fue tachada de falsa por la entidad demandada, ello en aplicación de la Sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado²¹, se observa que la señora MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ, para el año 2011, comprendido entre el 1° de enero al 31 de diciembre, devengó como factores salariales la **asignación básica, la prima de antigüedad, la prima de navidad y la prima de vacaciones**²².

Con esa verificación, es claro que el acto administrativo demandado ha trasgredido las normas violadas pretendidas por la accionante, dado que es necesario que se le reliquide la pensión de jubilación teniendo en cuenta además de los factores reconocidos, esto es la **asignación básica, prima de alimentación y prima de vacaciones**, deberá incluirse la **prima de navidad y antigüedad**, como quiera que fueron efectivamente devengados por la demandante en el último año de prestación de servicios. Ahora, es menester precisar, que así no hayan sido objeto de aportes por el empleador, 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 ordena, de suerte que lo que procede es ordenar que la entidad demandada haga los descuentos a que haya lugar por este concepto²³.

De otra parte, se advierte la necesidad, que sobre los nuevos factores a tener en cuenta en la respectiva liquidación de la pensión, se realicen los descuentos por concepto de los aportes que no se hubieran efectuado al sistema general de pensiones, toda vez que la actora no puede desconocer que los nuevos factores que se ordenan incluir dentro de la reliquidación de aquella, eran recursos que, en su momento, se debieron tener en cuenta para efectuar los aportes mensuales al sistema, puesto que con base en ellos se está disponiendo la liquidación de su pensión y la entidad pagadora de la misma no puede realizar un pago sobre factores no cotizados, toda vez que la obligación de cancelar se deriva de los aportes con que cuenta y que fueron los que efectuó el trabajador durante su vida laboral.

²¹ Consejo de Estado, Sentencia 05001233100019960065901 (25022), ago. 28/13, C. P. Enrique Gil

²² Fl. 32

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto del 2010, CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente N° 0112-09.

Expediente:	70 001 23 33 000 2014 00164 00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado:	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia:	PRIMERA
Tema:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

La reliquidación que se reconoce tendrá los reajustes de Ley. Así mismo, el monto de la condena que resulte se ajustará, mes por mes, en los términos del artículo 187 del Código Contencioso Administrativo, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente de Ra se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es la correspondiente mesada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de las diferentes mesadas). Por tratarse de pagos de reajustes de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional, comenzando por la correspondiente al mes de enero de 2012 (último año de servicios y fecha a partir de la cual se reliquidó la pensión), y para los demás teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la causación de cada uno de ellos.

Finalmente, se precisa que en el presente asunto no hay lugar a decretar la prescripción de mesadas pensionales, toda vez que la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante fue presentada el 14 de noviembre del año 2013, según el acto administrativo que negó la petición-Oficio SEM – PS-I.8.3-131 del 26 de mayo de 2014-, y el último año de servicios fue en el 2011, en consecuencia no hay lugar a la prescripción de conformidad con lo contemplado en el Art. 102 del Decreto 1848/69 y art. 41 Decreto 3135 de 1968.

7.7. Conclusiones.

En este orden de ideas, la respuesta al interrogante jurídico planteado es positiva, por cuanto se demostró que en la liquidación de la pensión y en la posterior reliquidación efectuada a la pensión de la demandante, no se incluyeron la totalidad de los factores salariales devengados por ésta en el último año de servicio.

7.8.- Condena en Costas:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del hoy Código General del Proceso.

En ese sentido se condena en costas a la parte demandada las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

Expediente: 70 001 23 33 000 2014 001 64 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia: PRIMERA
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

VIII. 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: DECLARAR la nulidad del Oficio No. SEM –PS-I.8.3-I31 del 26 de mayo de 2014, en el que se negó la solicitud de reajuste de la reliquidación pensional de la actora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ, teniendo en cuenta además de los factores reconocidos la prima de navidad y el pago por antigüedad recibido en el último año de prestación de servicios, con efectos fiscales a partir 31 de diciembre de 2011; advirtiéndole al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que realice las deducciones correspondientes a que haya lugar de los aportes de las sumas que aquí se ordenan incluir y sobre las cuales no se hayan deducidos los mismos para efectos pensionales, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Las sumas a que resulte condenada la entidad demandada se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: No declarar la prescripción, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: DAR cumplimiento a esta sentencia en los términos y condiciones establecidas en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO: CONDENASE en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

SÉPTIMO: DEVUÉLVASE el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante en caso de existir.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

Expediente: 70 001 23 33 000 2014 001 64 00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: MARTHA CECILIA RISSO DÍAZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Instancia: PRIMERA
Tema: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en Sala Extraordinaria por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 16.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUÍS CARLOS ÁLZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado