



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, cinco (5) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG –
GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - FIDUPREVISORA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO
EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 – FACTORES
SALARIALES APLICABLES.

SENTENCIA No. 041

I. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia del 1º de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹

2.1.1. Pretensiones².

La señora AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dirigido en contra del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – Gobernación de Sucre – Secretaria de Educación Departamental - FIDUPREVISORA procura se declare:

- La nulidad de la Resolución No. 0943 del 5 de noviembre de 2013, la cual fue notificada el 9 de mayo de 2014 con ocasión a la petición presentada el 22 de mayo de 2013, mediante la cual se solicita la reliquidación de pensión de jubilación reconocida mediante la Resolución No. 00732 del 2 de agosto de 2007, expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita:

- Se ordene a las demandadas a reconocer a favor de la actora como factores salariales: sueldo básico, prima de alimentación, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de grado, incluyéndolos como resultado de la reliquidación, en la suma de \$1.694.353,01, como valor de su mesada pensional, monto este resultante de aplicarle el 75% al promedio obtenido de la asignación básica que era de \$1.894.839,74 más la doceava parte (1/12) de todos los factores salariales devengados en los últimos 12 meses anteriores al 27 de noviembre de 2006, fecha en la cual se adquirió el status jurídico de pensionado.

2.1.2. Hechos³.

La Sala compendia la causa petendí, así:

La señora Aminta Rosa Buelvas Cadrasco, es docente del servicio público de Educación del Departamento de Sucre, quien cumplió con todos y cada uno de los

¹ Folios 1-8 C. No.1.

² Folios 2-3 C. No.1.

³ Folios 1-2 C. No.1.

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, la cual le fue reconocida mediante la Resolución No. 00732 del 2 de agosto de 2007.

Aduce que, dentro de la liquidación para el reconocimiento de la pensión de jubilación, no le fueron incluidos todos los factores salariales devengados, tales como son prima de alimentación, prima de grado, prima de vacaciones y prima de navidad, conforme al año base de liquidación que le fue tenido en cuenta, violando así, sus derechos adquiridos y la normatividad que regula la materia.

Señala además que, la demandante ingresó al servicio público de educación antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, esto es, el 8 de mayo de 1971, quien para la fecha de adquirir el status de pensionada devengaba como salario promedio mensual durante los últimos doce meses la suma de \$2.168.062,945; sin embargo, al no incluir todos los factores salariales al momento de concederle su derecho de pensión, la cuantía quedó fijada en un monto de \$1.270.853,00, y no en la cuantía legal que era de \$1.694.353,01, debiéndose reconocerle y pagarle una diferencia de \$423.500,01 mensuales desde el momento de su causación.

Así las cosas, a través de apoderado judicial la accionante, presentó derecho de petición el día 22 de mayo de 2013, con el objetivo de que se le reconocieran todos los factores salariales; a lo cual la entidad demandada, mediante Resolución No. 0943 del 5 de noviembre de 2013, dio repuesta negativa.

Luego de lo anterior, el día 25 de junio de 2014, la señora Buelvas Cadrasco presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 44 Judicial II para Asuntos Administrativos, celebrándose dicha audiencia el 14 de agosto de 2014, donde no se hizo presente la parte convocada, por lo cual, fue declarada fallida.

2.2. Recuento procesal.

La demanda se presentó el 24 de octubre de 2014⁴, siendo admitida mediante auto del 28 de noviembre de la misma anualidad⁵, notificada por medio electrónico a la parte demanda y al Ministerio Público el 10 de febrero de 2015⁶.

⁴ Ver reverso folio 8 del C. No. I, donde obra nota de recibido y constancia de reparto militante a folio 21.

⁵ Folio 23 y reverso C. No. I.

⁶ Folios 28-34 C. No. I.

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

2.4. Contestación⁷.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A., mediante apoderado judicial contestó la demanda en término, oponiéndose a las pretensiones de la misma, por considerar que carecen de sustento jurídico y probatorio.

Señala que, la liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de litis, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, por lo tanto, al momento de la accionante haber acreditado los presupuestos señalados en la misma, estos son tiempo de servicio (20 años) y la edad (55 años), se procedió a reconocérsele su pensión mensual vitalicia de jubilación.

Sin embargo, la demandante sostiene que la entidad accionada no tuvo en cuenta para la liquidación de su pensión, los factores salariales de prima de antigüedad, prima de vacaciones, entre otros; no obstante, la empleada oficial no cumplía con los presupuesto señalados en el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, es decir, que acreditara que a la fecha de entrada en vigencia dicha ley, esto es, al 29 de enero de 1985, contara con 15 años continuos o discontinuos de servicio, o en su defecto se encontrara retirada del servicio, habiendo prestado 20 años de labor.

Luego de hacer un análisis jurisprudencial de la normatividad que regula el reconocimiento de la pensión de jubilación a los servidores públicos, en especial, hace referencia a los docentes nacionales y nacionalizados, señala que la pensión de jubilación de la señora Aminta Buelvas Cadrasco, debía ser liquidada con los factores salariales establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, tal como lo hizo la entidad demanda al incluir la asignación básica, y excluir lo devengado por primas de alimentación especial, vacaciones y navidad al no estar contempladas en la norma antes mencionada.

Expuso, como fundamentos de su defensa, las excepciones de (i) inepta demanda; (ii) inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma; (iii) cobro de lo no debido; (iv) buena fe; (v) prescripción de derechos; (vi) compensación; y (vii) excepción genérica o innominada.

⁷ Folios 39-52 C. No. I.

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

2.5. Sentencia recurrida⁸.

El Juez de instancia declaró la nulidad de la Resolución No. 0943 del 5 de noviembre de 2013, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de vejez a la señora AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO, en tanto no incluyó en la base de liquidación del monto de la pensión de vejez, los factores de prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, devengados por la actora en su último año de servicios.

Por lo anterior, ordenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de la accionante, reconocida mediante la Resolución 00732 del 2 de agosto de 2007 tendiendo en cuentas los factores que no le fueron incluidos en su pensión; así mismo, pagar las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 22 de mayo de 2010, al observarse que operó prescripción con respecto a las mesadas pensionales anteriores, además, la entidad convocada debía realizar los descuentos por aportes correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal.

Como sustento de su declarativa, sostuvo que como quiera que la actora se vinculó como docente desde el 5 de mayo de 1971, es decir, antes de la expedición de la Ley 815 de 2003, el régimen aplicable es el de la ley 33 de 1985, y no el del Decreto 3752 de 2003 manifestado por la apoderada de la parte actora, pues la mencionada norma fue modificada mediante la Ley 1151 de 2007, que entró en vigencia el 24 de julio de dicho año, siendo reconocida la pensión de la demandante el 2 de agosto de la misma anualidad, época para la cual la normatividad referida por la demandada no se encontraba vigente.

2.6. El recurso de apelación.⁹

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio estando dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, interpuso recurso de apelación, solicitando su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

En primera medida, reiteró lo expuesto al juez de primera instancia en cuanto a la normatividad aplicable al caso particular, a lo cual, trajo a colación nuevamente las normas establecidas para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y

⁸ Folios 87-93 y reversos C. No. 1.

⁹ Folios 100-104 C. No. 1.

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

económicas a los docentes afiliados al Fondo expedido por el Ministerio de Educación Nacional; resaltando que la norma aplicable a estos, es la Ley 812 de 2003 o la Ley de Plan de Nacional de Desarrollo para los años 2003 a 2006, la cual en su artículo 81 modificó el concepto de aportes para el personal afiliado a dicha entidad, indicando que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por otro lado, manifestó que si bien los docentes gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional, pues pueden recibir simultáneamente pensión y sueldo, e incluso distintos tipos de pensiones al tiempo, no significa ello, que en materia de pensión ordinaria de jubilación disfruten de alguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad, dado que, un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros.

Por todo lo expuesto, solicitó en primera medida la revocatoria de los numerales 2,3,4,5 y 7, así como también, dar aplicación al principio de la *no reformatio in pejus* en lo que se refiere a lo ordenado en el numeral primero de la de la sentencia del 1º de septiembre de 2015.

2.7. Actuación en segunda instancia.

A través de auto del 18 de diciembre de 2015¹⁰, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la accionada en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 10 de febrero de 2016¹¹, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.8. Alegatos de conclusión.

Las partes y el Ministerio Público no hicieron uso de esta etapa procesal.

¹⁰ Fl. 3 del C. Alzada

¹¹ Fl. 12 del C. Alzada

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

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. Problema jurídico.

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación, para tal fin, formulará el siguiente problema jurídico:

¿Es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Aminta Rosa Buelvas Cadrasco, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el año de servicio anterior a la adquisición de su estatus pensional, así estos no estén expresamente consagrados en las Leyes 33 y 62 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 1945¹², 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:

¹² Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo.

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

“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 6ª 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 mismos¹³, 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 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. 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.

¹³ 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: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

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.”

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 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...”

Como se observa, 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 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; 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 les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial...”

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

Bien vale la pena señalar 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 1985¹⁴.

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”.

Es importante resaltar, que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, norma que por su claridad, es necesario transcribir, fue reiterada por el Acto Legislativo 01 de 2005¹⁵:

¹⁴ 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.

¹⁵ PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Párrafo 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: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

“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 de lo anterior, 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; 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 la Sentencia de Unificación 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

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

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 beneficiarios¹⁶.”

La Sala destaca que, la anterior posición jurisprudencial se viene reiterando desde entonces en sentencias proferidas con posterioridad¹⁷, 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 de manera taxativa; debiendo incluirse todos los factores efectivamente devengados; advirtiendo que se deben realizar los aportes que correspondan;

¹⁶ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ 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 2013, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. Interno 03412012.

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

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.”¹⁸ (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; 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.

Conforme a las pruebas aportadas al plenario, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

¹⁸ Consejo de Estado, Sección 2ª, sentencia del 16 de febrero de 2012, radicación N°25000-23-25-000200700001-01(0302-11), C.P: Luis Rafael Vergara Quintero.

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

La señora AMINTA ROSA BUELVAS CADRSCO, nació el día 27 de noviembre de 1951¹⁹; por tanto, para la fecha del reconocimiento de la pensión; esto es el año 2007; 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 ente el Departamento de Sucre, reconoció a la docente, la pensión vitalicia de jubilación a través de la Resolución No. 00732 del 2 de agosto de 2007, en cuantía de un millón doscientos setenta mil ochocientos cincuenta y tres pesos (\$1.270.853,00), tomándose el 75% sobre el promedio de la asignación básica mensual del último año de servicio²⁰.

De conformidad con las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la señora BUELVAS CADRASCO, alcanzó su status jurídico el día 28 de noviembre de 2006, y a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), la misma superaba los 40 años de edad²¹, lo que significa que está amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, su pensión de jubilación, en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto, se rige por la normatividad anterior a dicha ley, es decir, la Ley 33 de 1985, que prescribe los requisitos de 55 años de edad y 20 años de servicio, en cuantía del 75% del promedio de lo devengado durante el último año de labores.

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 62 de 1985), 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 acto administrativo Resolución No. 0943 del 5 de noviembre de 2013, por cuanto negó la reliquidación de la pensión reconocida en la Resolución No. 00732 del 2 de agosto de 2007, en la que presuntamente se liquidó de forma equivocada la pensión vitalicia de jubilación de la actora.

¹⁹ Según consta en la Resolución No. 00732 del 2 de agosto de 2007, militante a folio 15-16 C. No. 1.

²⁰ Fls. 15-16 C. No. 1.

²¹ De acuerdo a su fecha de nacimiento, acreditaba para el 1 de abril de 1994, la edad de 42 años, 4 meses y 5 días.

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

Ahora bien, teniendo en cuenta el certificado de formato único para la expedición de certificado de salarios de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, suscrito por el Líder de Programa Administrativo y Financiero de dicha dependencia²², se tiene que la señora AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO, para los años 2005 y 2006 devengó los siguientes valores de forma anual:

FACTORES SALARIALES	DESDE:	01/01/2005	DESDE:	01/01/2006
	HASTA:	30/12/2005	HASTA:	30/12/2006
Asignación Básica mensual		\$ 1.464.288,00		\$ 1.938.290,00
Sobresueldo		\$ 0,00		\$ 0,00
Prima de Alimentación		\$ 21.451,00		\$ 21.451,00
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 1/12		\$ 742.869,50		\$ 979.870,00
Prima de Navidad		\$ 1.547.644,79		\$ 2.041.396,00
TOTAL \$		\$ 3.776.403		\$ 4.981.157

Con esa verificación, se advierte que no hay duda que la actora tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación en cuantía del 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, teniendo en cuenta, además de la **asignación básica** mensual, los siguientes factores salariales: **prima de alimentación, prima vacacional docente 1/12 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 concepto²³.

²² Fl. 14 C. No. 1.

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

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

Colofón, acogida por esta Colegiatura la interpretación y argumentos expuestos por el Consejo de Estado sobre este tópico, se colige que para reliquidar 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; en caso de que no se hayan efectuado las deducciones por aportes sobre todos los factores, se concede al Fondo de Pensiones respectivo 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 problema jurídico planteado es positiva, por cuanto se acreditó que la actora fue liquidada 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.

Por lo antes expuesto, atendiendo a la aplicación del principio constitucional de favorabilidad, se confirmará la sentencia de alzada.

3.6. 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 Código General del Proceso. En ese sentido se condena en costas en segunda instancia a la parte demandada las cuales serán tasadas por el Juez de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Expediente: 70-001-33-33-004-2014-00223-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: AMINTA ROSA BUELVAS CADRASCO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – GOBERNACIÓN DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A.
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1º de septiembre de 2015, dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, por 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.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta No. 065.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado