



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA MONTES
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
– DEPARTAMENTO DE SUCRE
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. 043

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 20 de agosto de 2015, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
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.

El señor ÁLVARO VICENTE PEÑATA MONTES, 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 – Departamento de Sucre, procura se declare:

- La nulidad parcial de la Resolución No. 0516 del 10 de noviembre de 2005, proferida por el Secretario de Educación del Departamento de Sucre, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación a favor del actor, respecto del valor establecido como cuantía de la pensión, a efectos de incluir en la base de liquidación de la pensión la totalidad de los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del status de pensionado.

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

- Se ordene a las demandadas, a incluir como base de liquidación de la pensión de jubilación el promedio de todos los factores salariales devengados por el accionante en el año anterior al 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 y concretamente las que aparezcan certificadas por la autoridad competente, con efectos fiscales a partir del momento en que cumplió los requisitos para su pensión.
- Se condene a las entidades convocadas a reconocer y pagar al actor primero 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 mismo, desde la fecha del status hasta cuando se verifique la inclusión en nómina del valor que por esta acción se llegare a reconocer; y segundo, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor que corresponden al factor de indexación de la primera mesada, las cuales deben cancelarse retroactivamente hasta un término de tres (3) años hacia atrás, desde el momento de la ejecutoria de la sentencia que decida la controversia específica.

¹ Folios 1-14 C. No.1.

² Folios 1-2 C. No.1.

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

2.1.2. Hechos³.

La Sala compendia la causa petendí, así:

El señor ÁLVARO VICENTE PEÑATA MONTES, es docente del servicio público de Educación del Departamento de Sucre, quien cumplió con todos y cada uno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, la cual le fue reconocida mediante la Resolución No. 0516 del 10 de noviembre de 2005.

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 vacacional y prima de navidad, violando con ello derechos adquiridos y la normatividad que regula la materia.

La entidad demanda negó al actor la inclusión de todos los factores salariales para la liquidación de su pensión, argumentando su decisión el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, el cual establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentra obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual se realizaron aportes.

2.2. Recuento procesal.

La demanda se presentó el 9 de mayo de 2014⁴, la cual fue inadmitida mediante auto del 22 de mayo de la misma anualidad⁵, siendo admitida por proveído del 21 de julio de la misma calenda⁶, notificada por medio electrónico a la parte demanda y al Ministerio Público el 27 de octubre del año en comentario⁷.

2.4. Contestación.

2.4.1. La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁸

Mediante apoderado judicial contestó la demanda en término, oponiéndose a las pretensiones de la misma, por considerar que carecen de sustento jurídico y probatorio.

³ Folios 2-5 C. No. I.

⁴ Ver folio 14 del C. No. I, donde obra nota de recibido y constancia de reparto militante a folio 23.

⁵ Folios 25-26 C. No. I.

⁶ Folio 32 y reverso C. No. I.

⁷ Folios 36-38 C. No. I.

⁸ Folios 55-66 C. No. I.

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

Sobre los hechos señala que el 1, 2 son ciertos, el 3, 4, 9 no les constan, y respecto al 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 no son hechos, si no premisas correspondientes al acápite de fundamentos de derechos.

Expuso como fundamentos de su defensa las excepciones de (i) inexistencia de la obligación; (ii) cobro de lo no debido; (iii) prescripción; (iv) compensación; (v) excepción genérica o innominada; y (vi) buena fe.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la discrepancia del actor radica en que la entidad demandada no incluyó factores salariales que debió incluir, es menester señalarle que no es ajustado a derecho que se le tuvieran en cuenta otros factores, tales como prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores generados durante el año status de pensión, en virtud de lo que dispone el parágrafo segundo del artículo primero Ley 33 1985, el cual, establece que el tiempo que debía haber prestado sus servicios el solicitante debía ser de 15 años continuos o discontinuos o que al momento de expedición de la ley se haya retirado del servicio habiendo prestado 20 años de labor, presupuestos que no se acreditan cumplidos por el accionante; y como argumento a ello, trajo a colación lo establecido por el H. Consejo de Estado respecto al tema.

Luego de lo anterior, concluye que teniendo en cuenta la fecha de publicación de la mencionada norma, para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003); por lo tanto, el Decreto 3752 de 2003 modifica los actos en cuanto a los factores salariales se refiere para la liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes como pensiones (jubilación, invalidez, retiro de vejez, reliquidaciones, pensiones post mortem) y auxilios sujetándolos al aporte que efectivamente realice el docente; y si bien el artículo 3 del decreto antes mencionado fue derogado por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, estableciendo que a partir del 25 de julio de 2007, la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, se realizaría teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, este tipo de situación no se ajusta al caso objeto de la presente controversia, por cuanto al momento en que el demandante adquirió el status de pensionado, se encontraba vigente el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003 manteniéndose inmodificables estas situaciones jurídicas ya consolidadas, y respecto de las cuales la Ley 1151 de 2007 no estableció modificación alguna.

Por último, solicita a este Despacho oficiar a la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, para que con destino al proceso, envíe la hoja de vida y todos los documentos relacionados con el docente demandante a efectos de verificar los datos e información pertinente que posee la entidad territorial respecto a su nominación.

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

2.4.2. Departamento de Sucre⁹

El ente territorial, por medio de apoderado judicial debidamente constituido contestó la demanda en término legal, oponiéndose a las pretensiones de la misma; y con respecto a los hechos expuestos acepto algunos como ciertos, otros no les consta y los demás técnicamente no son hechos.

Como argumento de base, señaló que la Secretaria de Educación Departamental, solamente cumple un mandato legal, estipulado en los artículos 56 de la Ley 9692 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, el cual consiste en elaborar las resoluciones que liquidan las pensiones de los docentes, por lo cual, dichos actos administrativos son firmados por el Secretario de Educación de la entidad territorial, pero que el reconocimiento y pago del derecho está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Con base en las anteriores consideraciones, planteó la excepción de “prescripción” y “las que resulten probadas en el curso del proceso”.

2.5. Sentencia recurrida¹⁰.

El Juez de instancia declaró la nulidad parcial de la Resolución No. 0516 de 10 de noviembre de 2005, expedida por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, teniéndose como probada la excepción de prescripción y declarándose no probadas la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación y buena fe.

Por lo anterior, ordenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de jubilación del demandante incluyendo además de la asignación básica, la prima vacacional y la prima de navidad a partir del 10 de mayo de 2011, estando prescritas las causadas con anterioridad a dicha fecha; así mismo, reconocer y pagar las diferencias surgidas luego de la reliquidación, en las mesadas pensionales causadas desde la fecha en que le fue concedido el derecho.

Como sustento de su declarativa, sostuvo que como quiera que de acuerdo al marco normativo y jurisprudencial aplicable al sub examine, le asiste razón a la parte actora, en la medida en que la entidad demandada omitió a través del acto acusado la liquidación de la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados durante el año anterior al 24 de marzo de 2005, fecha en la que adquirió su status de pensionado, razón por la cual las suplicas de la demanda están llamadas a ser acogidas.

⁹ Folios 70-76 C. No. 1.

¹⁰ Folios 123-129 y reversos C. No. 1.

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

2.6. El recurso¹¹

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 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 y 5, 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 20 de agosto de 2015.

2.7. Actuación en segunda instancia.

A través de auto del 18 de diciembre de 2015¹², 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 1º de marzo de 2016¹³, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

¹¹ Folios 134-138 C. No. 1.

¹² Fl. 3 del C. Alzada

¹³ Fl. 8 del C. Alzada

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

2.8. Alegatos de conclusión.

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

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 del señor Álvaro Vicente Peñata Giraldo, 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 1945¹⁴, 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

¹⁴ Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo.

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

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 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 mismos¹⁵, 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.

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.”

¹⁵ 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: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

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...”

Bien vale la pena señalar que, con la expedición de la Ley 100 de 1993, en el inciso 2º 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

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

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 1985¹⁶.

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 2005¹⁷:

“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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

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 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.” (...) 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

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

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 beneficiarios¹⁸.”

La Sala destaca que, la anterior posición jurisprudencial se viene reiterando desde entonces en sentencias proferidas con posterioridad¹⁹, 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 1° 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; 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.”²⁰*
(Negritas 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

¹⁸ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁹ 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.

²⁰ 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: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

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:

El señor ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO, nació el día 24 de marzo de 1950²¹; por tanto, para la fecha del reconocimiento de la pensión; esto es el año 2005; 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 al docente, la pensión vitalicia de jubilación a través de la Resolución No. 0516 del 10 de noviembre de 2005, en cuantía de un ochocientos ochenta y seis mil trescientos trece pesos (\$886.313,00), tomándose el 75% sobre el promedio de la asignación básica mensual del último año de servicio²².

De conformidad con las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que el señor PEÑATA GIRALDO, alcanzó su status jurídico el día 24 de marzo de 2005, y a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), el mismo superaba los 40 años de edad²³, lo que significa que está amparado 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 salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

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.

²¹ Según consta en la Resolución No. 0516 del 10 de noviembre de 2005, militante a folios 17-19 C. No. 1.

²² Fls. 17-19 C. No. 1.

²³ De acuerdo a su fecha de nacimiento, acreditaba para el 1 de abril de 1994, la edad de 44 años y 8 días.

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

La anterior síntesis arroja la suficiente claridad conceptual sobre la materia, para ahora sí abordar, el análisis fáctico que sustentan la demanda mediante la cual se solicita la nulidad del acto administrativo Resolución No. 0516 del 10 de noviembre de 2005, en la que presuntamente se liquidó de forma equivocada la pensión vitalicia de jubilación del actor.

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 dependencia²⁴, se tiene que el señor ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO, para los años 2004 y 2005 devengó los siguientes valores de forma anual:

FACTORES SALARIALES	DESDE:	01/01/2004	DESDE:	01/01/2005
	HASTA:	30/12/2004	HASTA:	30/12/2005
Asignación Básica mensual		\$ 1.108.997,00		\$ 1.230.949,00
Sobresueldo		\$ 0,00		\$ 0,00
Prima de Alimentación		\$ 0,00		\$ 0,00
Prima de Transporte		\$ 0,00		\$ 0,00
Auxilio de Movilización		\$ 0,00		\$ 0,00
Prima de Clima		\$ 0,00		\$ 0,00
Prima de grado		\$ 0,00		\$ 0,00
Horas Extras		\$ 0,00		\$ 0,00
Prima Semestral		\$ 0,00		\$ 0,00
Prima Vacacional Docente 1/12		\$ 554.498,50		\$ 615.474,50
Prima de Navidad		\$ 1.155.205,21		\$ 1.282.238,54
TOTAL \$		\$ 2.818.701		\$ 3.128.662

Con esa verificación, se advierte que no hay duda que el actor 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 servicio, teniendo en cuenta, además de la **asignación básica** mensual, los siguientes factores salariales: **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

²⁴ Fl. 20 C. No. 1.

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 - FACTORES SALARIALES APLICABLES.

ordenar que la entidad demandada haga los descuentos a que haya lugar por este concepto²⁵.

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 al actor le fue liquidada la pensión de jubilación 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.

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

Expediente: 70-001-33-33-009-2014-00141-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ÁLVARO VICENTE PEÑATA GIRALDO
Demandado: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
DEPARTAMENTO DE SUCRE
Tema: RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985 -
FACTORES SALARIALES APLICABLES.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de agosto de 2015, dictada por el Juzgado Noveno 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. 070.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado