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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente:	70-001-33-33-009-2014-00131-01
Actor:	SONIA DEL CARMEN PAYARES AGUAS
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – "FOMAG"
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema:	RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN – FACTORES SALARIALES APLICABLES – RÉGIMEN DE LA LEY 33 DE 1985.

SENTENCIA No. 056

I. ASUNTO A DECIDIR

Decide la Sala, la apelación formulada por la entidad demandada contra la sentencia del 14 de agosto de 2015, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo con funciones en el sistema oral, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda[1].

SONIA DEL CARMEN PAYARES AGUAS, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, presenta demandan en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – "FOMAG", solicitando la declaración de nulidad parcial de la Resolución No. 0612 del 11 de noviembre de 2004, emanada del representante del Ministro de Educación ante el Departamento de Sucre, que en nombre de la Nación- Ministerio de Educación Nacional y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el acto precitado.

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

2.1.1. Se ordene a las entidades demandadas, a reliquidar la pensión de jubilación reconocida, teniendo en cuenta todos los factores salariales a que por ley tiene derecho, tales como: prima de navidad, prima vacacional, prima de alimentación, prima semestral, sobresueldo, horas extras y los demás conceptos dejados de cancelar durante el año inmediatamente anterior a la causación de su derecho.

2.1.2. Que se ordene el cumplimiento a la sentencia proferida en este proceso, dentro de los términos previstos en el inciso 2° y 3° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.1.3. Que la condena impuesta sea indexada, ajustando su valor al índice de precios al consumidor (IPC), artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.1.4. Que se omita la etapa procesal del período probatorio, por tratarse de un asunto de pleno derecho.

2.1.5. Se condene el pago de agencias en derecho, gastos y costas procesales a la parte demandada, si estas llegaren a causarse.

[1] Fl. 1-5 C. N° 1.

2.2. Los supuestos fácticos[2].

La señora SONIA DEL CARMEN PAYARES AGUAS, identificada con C.C. 36.527.095, nació el 13 de agosto de 1949; refiere que es docente de profesión, y en tal virtud le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución Nº. 0612 del 11 de noviembre de 2004, emanada por el Representante del Ministerio de Educación ante el Departamento de Sucre.

En este orden, sostuvo que, la citada Resolución no incluyó todos los factores salariales que percibió durante su último año de servicio, anterior a la causación de su derecho, tales como: la prima de navidad, prima vacacional, prima de alimentación, prima semestral, sobresueldo, horas extras y demás emolumentos que habitualmente percibía.

En efecto, detalló que, no agotó el presupuesto procesal de agotamiento de la vía administrativa, para acudir a la vía judicial, en virtud de la posición que sobre el particular sostiene el Consejo de Estado, al afirmar que esta exigencia procesal tiene una excepción y es, en el caso de las pensiones cuando se solicita su reliquidación, debido a que en estos eventos no se puede escindir el reconocimiento de la prestación, habida cuenta, que esos dos elementos forman un solo acto administrativo.

2.3. Recuento procesal.

La demanda fue presentada el 28 de abril de 2014[3]; admitida por auto del 16 de junio de 2014[4] y notificada por medio electrónico al Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Ministerio Público, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el 16 de octubre de 2014[5].

2.4. Contestación de la demanda.

2.4.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio[6].

Por conducto de apoderada, dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por carecer del sustento fáctico y jurídico.

[2] Fl. 1-2 C. Nº 1.
[3] Fl. 5 y 14 C. Nº 1.
[4] Fl. 23 reverso C. Nº 1.
[5] Fl. 27-28 reverso C. Nº 1.
[6] Fl. 44-55 C.Nº1.

En consecuencia refiere que, del análisis de los documentos anexos en la demanda se puede verificar que la pretensión de la señora SONIA DEL CARMEN PAYARES AGUAS, no está ajustada a derecho, toda vez que, la liquidación de la pensión contenida en la resolución objeto de la Litis, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1° establece que, el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho que se le pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Además expuso que, el reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada por la actora no incluyó los factores salariales, tales como prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores generados en el último año, debido a que, en virtud de lo consagrado en el parágrafo segundo del artículo primero antes señalado, la actora debió haber acreditado 15 años de servicio continuos o discontinuos o que al momento de la expedición de la ley se hubiese retirado del servicio habiendo prestado 20 años de labor, presupuesto que nunca acreditó la demandante, dado que, para la fecha de la Ley 33 de 1985 la actora no completaba 15 años de servicio continuos o discontinuos, y muchos menos se encontraba retirada del servicio por haber cumplido 20 años de labor, razón por la cual, no puede aplicársele otros parámetros legales distintos a la precitada ley.

Como apoyo de los anteriores argumentos citó, la providencia Rad. Nº. 7873-05 con ponencia del Dr. Alejandro Ordoñez, así como la sentencia Nº. 4619-01 de la Dra. Bertha L. Ramírez, del H. Consejo de Estado, al igual que el artículo primero de la Ley 62 de 1985.

En tal sentido precisó, que para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que se deben tener en cuenta, son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003).

Así las cosas, indicó que, el Decreto 3752 de 2003 modificó 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 y auxilios sujetándolos al aporte que efectivamente realice el docente. En consecuencia, las regionales implementan el Decreto 3752 de 2003.

No obstante, como quiera que, el artículo del precitado Decreto fue derogado por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, estableciendo que a partir del 25 de julio de 2007 la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio se realizará teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, situación que no se ajusta al caso objeto de controversia, por cuanto que, al

momento en que la demandante adquirió el status de pensionada, se encontraba vigente el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, manteniéndose inmodificable por ser situaciones jurídicas ya consolidadas; respecto de las cuales la Ley 1151 de 2007 no estableció modificación alguna.

Como excepciones planteó, la "inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma", "cobro de lo no debido", "buena fe", "prescripción de derechos", "compensación" y "genérica o innominada".

2.5. La sentencia recurrida[7].

El Juez de instancia accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reliquidar la pensión de jubilación de la actora incluyendo todos los factores salariales devengados de conformidad con la ley, así como también dispuso que se efectuaran los descuentos a los aportes dejados de efectuarse.

Como sustento de su declarativa, sostuvo el *A quo* que, de acuerdo con el acervo probatorio allegado, la actora en su condición de docente, le fue reconocida la pensión de jubilación mediante la Resolución N°. 0612 de 11 de noviembre de 2004, de conformidad con lo señalado en las Leyes 71 de 1988, 91 de 1989, 33 de 1985 y la Ley 812 de 2003. Así mismo se encuentra acreditado que dicha prestación económica se liquidó de acuerdo con el salario promedio mensual devengado por la actora durante su último año de servicio, anterior a la adquisición de su status jurídico.

Seguidamente señaló que, de acuerdo con el certificado de salarios allegado al expediente, para el año inmediatamente anterior a la adquisición de su status jurídico, la actora devengó factores salariales, tales como: prima de alimentación, prima de antigüedad, prima semestral, prima vacacional y prima de navidad.

En tal sentido, indicó que una vez realizada una comparación entre los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional de la actora y los factores tenidos en cuenta en la resolución de reconocimiento, se tiene en cuenta lo siguiente:

[7] Fl. 69-76 C. N° 1.

Factores salariales devengados – Año 2003	**Factores salariales devengados – Año 2004**	**Factores salariales incluidos en la Resolución 0612 de 2004**
Asignación Básica	Asignación Básica	Asignación Básica
Prima de alimentación	Prima de alimentación	-
Prima de antigüedad	Prima de antigüedad	-
Prima semestral	Prima semestral	-
Prima vacacional	Prima vacacional	-
Prima de navidad	Prima de navidad	-

Al respecto, el sentenciador de instancia estimó que en el caso concreto, le asiste razón a la parte actora, en la medida que la parte accionada omitió a través del acto acusado, incluir todos los factores salariales devengados por la demandante durante el año anterior al 13 de agosto de 2004, fecha en la que adquirió su status de pensionada.

No obstante, en lo que concierne a la prima semestral, no accedió al reconocimiento de la misma, toda vez que, el acto administrativo que la creo, fue anulado por el H. Tribunal Administrativo de Sucre. De igual manera, precisó que, en el caso bajo examen, tampoco tiene cabida la teoría de los derechos adquiridos, como quiera que, la decisión de nulidad se produjo con efectos retroactivos, lo que implica que el acto anulado nunca existió.

Finalmente, declaró probada la excepción de prescripción trienal, la cual transcurrió a partir del 11 de noviembre de 2004, fecha en la que se le reconoció a la parte actora su pensión de jubilación; luego entonces, como quiera que, la demanda tan solo fue presentada el día 28 de abril de 2014, se decretó la prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de abril 2011.

2.7. El recurso de apelación.

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

2.7.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[8].

La parte accionada solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia proferido por el Juez de primera instancia, como apoyo a sus argumentos señala que, la normatividad invocada como violada por la parte accionante, es inaplicable al caso sub examine, por las siguientes razones:

[8] Fl. 81-86 C. Nº 1.

i) Con la expedición de la Ley 6 de 1945 se han establecido los aportes que los servidores públicos deben efectuar a las entidades de previsión para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas que les asisten. De igual forma la Ley 4 de 1966 ha dispuesto algunas bases sobre las cuales se calcularían dichas prestaciones.
ii) Seguidamente indicó que, la Ley 91 de 1989, definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se regirán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, para los primeros, y el régimen de la entidad territorial, para los segundos.
iii) En consecuencia precisó que, las normas aplicables según la calidad ostentada por el docente se encuentran, así mismo, contemplados en el Manual Unificado para el Reconocimiento de las Prestaciones Económicas de los docentes afiliados al Fondo expedido por el Ministerio de Educación y aprobado por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Seguidamente, citó el artículo 2 del Decreto 196 de 1995, el cual realiza una distinción entre los docentes nacionales y nacionalizados, como aquellos que han venido siendo financiados con recursos de la Nación, y entre docentes distritales y municipales, como aquellos vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal.

En efecto, precisa que, los docentes tienen la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo, así como pensión gracia (leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), e incluso pueden gozar de pensión gracia y pensión de invalidez, de acuerdo con lo establecido en las leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 60 de la misma anualidad y la Ley 115 de 1994, lo que permite inferir que los mismos gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

No obstante, en materia de pensión ordinaria de jubilación, los docentes no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento, puesto que, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones, por lo cual, considera que el Juez de instancia erró al condenar a la entidad accionada, a reliquidar la pensión de jubilación de la actora.

Por último, solicitó que, en el evento de ser condenados al pago de dicha reliquidación, se determine la actualización a valor presente del pago que debe realizar la docente por los factores sobre los cuales nunca efectuó cotización durante la relación laboral, esto de acuerdo, con lo estipulado por el H. Consejo de Estado en Sentencia del 19 de febrero de 2015, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

2.8. Actuación en segunda instancia[9]

Mediante auto de 18 de diciembre de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada en contra de la sentencia de la referencia[10]; por auto de 10 de febrero de 2016, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión[11].

2.9. Alegatos de conclusión.

Ni la parte demandante ni la parte demandada hicieron uso de esta etapa procesal.

2.9.1. Ministerio Público[12].

Estando dentro de la oportunidad para alegar de conclusión, el representante del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, expresó que la señora SONIA DEL CARMEN PAYARES AGUAS, nació el 13 de agosto de 1949, por tanto, para la fecha del reconocimiento de la pensión de jubilación, esto es, el 11 de noviembre de 2004, contaba con más de 55 años de edad y el tiempo requerido de servicio, cumpliendo así los requisitos para acceder a la pensión.

Al respecto indicó que, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por conducto del Secretario de Educación Departamental de Sucre, reconoció a la docente Payares Aguas, pensión vitalicia de jubilación a través de la Resolución Nº. 0612 de 11 de noviembre de 2004, en cuantía del 75% sobre la asignación básica salaria mensual, sin tener en cuenta los factores salariales devengados por la actora en su último año de servicio.

De igual forma precisó que, la actora para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), superaba los 40 años de edad, y se encontraba laborando al servicio del Departamento de Sucre, razón por la cual, se encuentra cobijada por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la precitada Ley, por consiguiente le es aplicable la Ley 33 de 1985.

Una vez aclarado lo anterior, señaló que, teniendo en cuenta el certificado de salarios suscrito por el líder del Programa Administrativo y Financiero de la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre, se encuentra demostrado que la actora tiene derecho a que se reliquide su pensión en cuantía del 75%, teniendo en cuenta, además

[9] Fl. 1 al 30 C. alzada.
[10] Fl. 3 C. alzada.
[11] Fl. 13 C. Alzada.
[12] Fl. 21-29 C. Alzada.

de la asignación básica, los siguientes factores salariales: prima vacacional docente, prima de navidad y prima de antigüedad, de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Por último, expuso que, conforme a lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, el auxilio de alimentación no constituye salario, por tal motivo, se aparta de incluir en el IBL lo recibido por concepto de alimentación.

En conclusión, afirma que, para liquidar las pensiones de jubilación bajo la Ley 33 de 1985, se debe tener en cuenta todos los factores salariales devengados por el trabajador durante su último año de servicio en que alcanzó el status de pensionado. Por lo antes expuesto, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

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 Sonia del Carmen Payares Aguas, teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante el año de servicio anterior a la adquisición de su estatus pensional, como prima de alimentación, prima de antigüedad, prima semestral, prima vacacional y prima de navidad, 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 1945[13], sobre prestaciones oficiales, consagró:

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

> *"ARTÍCULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*
> *(…)*
> *b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados…".*

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

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

Y los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos al régimen de la Ley 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 mismos[14], 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*

[14] 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.

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."

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; estatuyendo en su artículo 15:

"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 1° de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional o las que se expidan en el futuro, es decir, que por remisión de la Ley 91 de 1989, a éstos les es aplicable la Ley 33 de 1985, que para entonces era el régimen legal general en pensión; 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 2° del artículo 279, se excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social, al tenor:

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

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

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 y es reiterada por el Acto Legislativo 01 de 2005[16], referenciada al régimen de las prestaciones para los docentes; 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…"

---

[15] 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.

[16] 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."

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, es decir, Ley 100 de 1993 y ley 797 de 2003, y normas posteriores.

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

Atinente a los factores que se deben tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en 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 devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiado su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos." (Negrillas de la Sala)*

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

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

por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios[17]*."*

La Sala destaca que, la anterior posición jurisprudencial se viene reiterando desde entonces en sentencias proferidas con posterioridad[18], 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*

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

cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978."[19] *(Negrillas del Original)*

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

3.4. Caso Concreto.

3.4.1. De lo Probado.

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

La señora SONIA DEL CARMEN PAYARES AGUAS, nació el día 13 de agosto de 1949[20]; por tanto, para la fecha del reconocimiento de la pensión; esto es en el año 2004; contaba con 55 años; con lo cual había logrado la edad para pensionarse.

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por conducto del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento de Sucre, reconoció a la docente SONIA DEL CARMEN PAYARES AGUAS, la pensión vitalicia de jubilación a través de la Resolución N° 0612 del 11 de noviembre de 2004, en ochocientos treinta y un mil setecientos cuarenta y ocho pesos ($831.748, oo), tomándose el 75% sobre el promedio de la asignación básica mensual del último año de servicio[21].

De conformidad con las pruebas aportadas, se encuentra demostrado que la actora, alcanzó su status jurídico el día 13 de agosto de 2004[22], por lo que, al no estar cobijada por la ley 812 de 2003, debe aplicársele la ley 91 del 1989, que remite a la ley 33 del 1985, 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.

[19] 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.
[20] Fl. 12 C. N° 1.
[21] Fl. 7-8 C. N° 1.
[22] Este día cumplió 55 años de edad y tenía 30 años, 10 meses y 5 días de servicio (Fl. 10).

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 parcial del acto administrativo Resolución N° 0612 de 11 noviembre de 2004, en la que presuntamente se liquidó de forma equivocada la pensión vitalicia de jubilación de la demandante.

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 señor Álvaro Padilla Villa[23], se tiene que la señora SONIA DEL CARMEN PAYARES AGUAS, para los años 2003 y 2004 devengó los siguientes valores de forma anual:

FACTORES SALARIALES	**DESDE:**	**01/01/2003**	**DESDE:**	**01/01/2004**
	HASTA:	**31/12/2003**	**HASTA:**	**31/12/2004**
Asignación Básica mensual		$ 1.047.409		$ 1.166.776
Sobresueldo		$ 0,00		$ 0,00
Prima de Alimentación		$ 25.540		$ 25.540
Prima de Antigüedad		$ 1.047.409		$ 1.166.776
Prima de Clima		$ 0,00		$ 0,00
Prima de Grado		$ 0,00		$ 0,00
Prima de Escalafón		$ 0,00		$ 0,00
Prima de Exclusividad		$ 0,00		$ 0,00
Horas Extras		$ 0,00		$ 0,00
Prima Semestral		$1.047.409		$ 166.776
Prima Vacacional		$ 480.063		$ 567.268
Prima de Navidad		$ 1.000.130		$ 1.181.808
TOTAL $		**$ 4.647.960**		**$ 4.274.944**

Con esa verificación, se advierte que no hay duda que la citada señora tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación en cuantía del 75%, teniendo en cuenta, además de la **asignación básica** mensual, los siguientes factores salariales: **prima de**

[23] Fl. 9 C. N° 1.

alimentación, **prima de antigüedad, prima vacacional y la prima de navidad**, como quiera que constituyen factores de salario, de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, inclusive, así no hayan sido objeto de aportes por el empleador, toda vez que no sería justo que fueran los beneficiarios los llamados a responder por los yerros de la administración cuando omite su deber de efectuar los aportes que la ley dispone, de suerte que lo que procede es ordenar que la entidad demandada haga los descuentos a que haya lugar por este concepto[24].

Respecto a la prima semestral, se confirmará lo dicho por el *A quo*, que declara que no es procedente dicho factor al acogerse al fallo proferido por este Tribunal en sentencia del 22 de mayo de 2008, proferida dentro de los expedientes acumulados N°. 2004-00390-00 y 2005-01524-00, con efectos de cosa juzgada erga omnes y retroactivos, que declaró nula la ordenanza 08 de 1985, la cual era la fuente jurídica de dicho factor salarial, salvo en los derechos adquiridos, situaciones jurídicas consolidadas o disposiciones legales expresa dada en sentido contrario, en tal sentido, la demandante devengó la prima semestral en el último año de servicio y ello es una situación consolidada en cuanto a lo devengado, pero no para que se le tenga como factor para liquidar la pensión, por cuanto este derecho se declarará en la sentencia judicial, luego no está consolidado, pues la tesis del H. Consejo de Estado no se puede extender a aquellos emolumentos que carecen de una fuente jurídica válida.

Ahora, en relación con la solicitud del Ministerio Público realizada en su concepto ante esta Corporación, en el sentido de que se excluya el auxilio de alimentación por no constituir factor salarial, con fundamento en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo; sea lo primero decir, que la norma alegada se aplica para los trabajadores del sector privado o los que tengan la condición de trabajadores oficiales, que no es el caso de la demandante, ya que es docente y se le aplica el régimen de los empleados públicos territoriales por tener la condición de nacionalizada, en consecuencia, no se le aplica el mencionado texto, que se refiere a aquellas remuneraciones esporádicas que son pagadas de forma extralegal al trabajador para desempeñar sus funciones.

Sin embargo, esta prestación será excluida, toda vez que de conformidad con el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 este subsidio es factor salarial para los empleados públicos del orden nacional y si bien se expidió el decreto 1919 de 2002[25], el mismo no puede ser aplicado a la demandante, sino que dicha prima o subsidio debe serle reconocido a partir del 2007, pero como en este asunto se está examinando es la reliquidación de los

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

[25] Con la sentencia C 402 de 2013, que declaró la exequibilidad del Decreto 1042 de 1978, esta remuneración solo era para los empleados del orden nacional y no del orden territorial, los cuales tienen derecho a partir del Decreto 627 del 2 de marzo de 2007 y posteriormente el artículo 4 del Decreto 1397 de 2010 dispuso este subsidio para los empleados territoriales que cumplan los requisitos exigidos por la norma.

factores salariales al momento de adquirir el derecho la demandante, es decir, el 13 de agosto de 2004, para esa fecha dicha prima o subsidio no podía ser cancelada. Todo esto sin perjuicio que, si a la actora después del año 2007 se le ha venido cancelando este factor, el mismo le sea incluido en un proceso posterior, dado que, según el certificado que obra en el (Fl. 10) la señora PAYARES AGUAS ha venido laborando hasta el momento de la presentación de la demanda, esto es hasta el año 2014, pero no allega prueba en el expediente de cuales han sido las remuneraciones del año 2007 hasta la fecha.

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; y 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.

Por lo antes expuesto, atendiendo a la aplicación del principio constitucional de favorabilidad, se confirmará la sentencia de alzada, pero modificándola en el sentido de excluir la prima de alimentación por lo aquí expuesto.

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.

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.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 14 de agosto de 2015, dictada por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el sentido de excluir la prima o el auxilio de alimentación de los factores a tener en cuenta al momento de la reliquidación, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia antes mencionada.

TERCERO: 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.

CUARTO: 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. 086.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS
Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado
(En uso de permiso)