



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrada ponente: Silvia Rosa Escudero Barboza

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicación: No. 70-001-33-33-004-**2015-00192**-01

Accionante: **Francisca Virginia Anaya de Vidal**

Accionado: **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales –UGPP–**

Tema: Reliquidación de pensión – Inclusión de todos los Factores Salariales - Ley 33 de 1985

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde al Tribunal, resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 17 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

2. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹: La señora FRANCISCA VIRGINIA ANAYA, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dirigido en contra de la Unidad

¹ Fl. 1-12 C. Ppal.

Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP-, solicitando se declare la nulidad del acto ficto o presunto, producido por el silencio de la administración, como consecuencia del derecho de petición fechado del 12 de abril de 2008, mediante el cual se solicitó ante la entidad demandada la reliquidación de la pensión de vejez reconocida a la demandante, con la inclusión de todos los factores salariales.

En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se le ordene a la entidad demandada que reconozca y ordene el pago de la reliquidación de pensión de vejez a la accionante, teniendo en cuenta la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, anterior a la adquisición de su status de pensionado.

Igualmente se condene a la entidad demandada a pagar a la señora FRANCISCA VIRGINIA ANAYA, la indexación sobre la primera mesada pensional, desde su exigibilidad hasta que el pago sea realizado.

2.2. Hechos relevantes²: La señora FRANCISCA VIRGINIA ANAYA, presto sus servicios en el sector público en las siguientes entidades:

- ECONOMA, en la Institución Educativa Normal Superior de Corozal, desde el 20 de junio de 1974 hasta el 04 de abril de 1991.
- BIBLIOTECARIA, en la misma institución, desde el 05 de abril de 1991 hasta el 31 de agosto de 1998.

La demandante, como consecuencia de lo anterior, le fue reconocida una pensión de vejez por CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, mediante resolución No. 009624 del 09 de marzo de 1992, en cuantía de \$ 469.353, sin la inclusión de todos los factores salariales.

² Fl. 19-20 C.Ppal.

Mediante la Resolución No. 006022 del 26 de mayo de 1999 le fue reliquidada la pensión a la demandante, pero sin la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

La parte actora, elevó petición solicitando reliquidación de su pensión de vejez el día 11 de abril del 2006 ante CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, por la no inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios prestados; dicha petición no fue contestada, y se configuró el silencio administrativo negativo.

2.3. Actuación procesal: La demanda fue presentada ante los Juzgados Administrativos de Sincelejo, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo el día 30 de junio de 2015 (fl. 36), el cual admitió la demanda a través de auto de calenda 13 de julio de 2015 (fl. 38), la audiencia inicial con sentencia se realizó el día 17 de marzo de 2016 (fls. 85-92).

2.4. Pronunciamiento de la parte demandada³: la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP- contesto la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones manifestando que estas son improcedentes por cuanto la pensión del actor fue adquirida en plena vigencia de la Ley 100 de 1993 y su liquidación se hicieron con base en el artículo 36 de la misma norma, que establece además los elementos para conformar el ingreso base de liquidación, que no es el del régimen anterior, si no el dispuesto en el inciso tercero de esa ley, así mismo manifestó que los factores para determinar el IBL, son los del Decreto 1158 de 1994.

Igualmente propuso las excepciones previas de inexistencia de la obligación, improcedencia de intereses moratorios sobre condenas derivadas de reajustes o de reliquidaciones pensionales y prescripción trienal.

³ Fl. 96-106 C.Ppal

2.5. Sentencia recurrida⁴: El Juez de instancia procedió a declarar parcialmente probada la excepción de prescripción.

Igualmente accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución RDP 033672 de 24 de julio de 2013 y la resolución RDP 036901 del 12 de agosto de 2013 expedida por la UGPP.

A título de Restablecimiento del Derecho ordenó reliquidar la pensión de jubilación reconocida en cuantía equivalente al 75% del promedio de los siguientes factores salariales devengados durante el último año de servicio previo a la adquisición del status, como son: el sueldo, prima de alimentación, bonificaciones por servicios prestados, prima semestral, prima de vacaciones y la prima de navidad.

Así mismo ordeno que de la liquidación efectuada, la accionada deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir del 7 de junio de 2010, al observarse que opero la prescripción con respecto a las mesadas pensionales anteriores. Del mismo modo, la entidad demandada deberá realizar los descuentos por aportes correspondientes a aquellos factores que no hayan sido objeto de deducción legal.

Como sustento de su decisión, cito la sentencia de 18 de febrero de 2010, Rad 0836-08 Sección Segunda del H. Consejo de Estado y la providencia del 31 de marzo de 2014 Sección Segunda Subsección a del H. Consejo de Estado. En ese sentido, concluyo que la base para calcular la pensión de un empleado que se encuentra en el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985 debe contar con todos los factores salariales devengados para el solicitante durante el último año de servicio, teniendo en cuenta lo anterior manifestó que el actor se encuentra amparado por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es decir que su pensión de jubilación

⁴ Fl. 116-122 C.Ppal

en cuanto a edad, tiempo de servicio y monto se rige por la normatividad anterior que en este caso es la Ley 33 de 1985 tal como la entidad demandada lo manifestó en la resolución 33672 de 24 de julio de 2013 la cual negó la reliquidación del pensionado, por tal razón considero que el actor tiene derecho de que la entidad demandada le pague y reliquide la pensión de jubilación con base en la ley 33 de 1985 puesto a que su pensión fue liquidada con el promedio de lo devengado los últimos 10 años de servicio desconociendo el principio de integralidad de la norma y de la jurisprudencias citadas por lo que el acto acusado esta viciado de nulidad pues la pensión fue liquidada de manera errónea debiéndose liquidar y tomar como base el promedio devengado en el último año de servicio.

2.6. El recurso de apelación⁵: La entidad demandada no comparte la decisión, manifestando que al reconocer la reliquidación pensional a favor del demandante, se realizó una aplicación incorrecta de las normas pensionales.

El régimen aplicable al accionante en calidad de docente es el establecido en la Ley 91 de 1989, el cual señala que los docentes se registrarán por el régimen vigente que tenía su entidad territorial, que para el caso en concreto es el contenido en la Ley 33 de 1985.

La referida Ley así como la jurisprudencia constitucional son claras en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes, siempre y cuando sean de aquellos taxativamente señalados en la Ley 62 de 1985, pues el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, constitucional y vigente para la época, señalaba que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de dicha norma a cuyo cargo se encuentre obligado el fondo, no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

⁵ Folio 143- 153 C. Ppal

En efecto, el *A quo* al declarar la nulidad parcial del acto demandado, para incluir los factores salariales como prima de alimentación, prima semestral, prima vacacional y prima de navidad, está contrariando la posición jurisprudencial de la H. Corte Constitucional, quien en Sentencia C-258 de 2013, señaló que solo podrán tomarse como factores de liquidación de la pensión, aquellos ingresos que hayan sido recibidos por el beneficiario y sobre los cuales hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

Así pues, en virtud de lo dispuesto por la H. Corte Constitucional no deben tenerse en cuenta como base de liquidación de la pensión de jubilación todos factores salariales devengados por el accionante, sino únicamente aquellos factores sobre los cuales realizó aportes.

Por su parte, el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003 norma vigente al momento de causarse el derecho de pensión del demandante, cambió la forma de determinar el ingreso base de cotización que sirve de base para calcular la cuantía de las prestaciones de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al establecer que el ingreso base de liquidación no podía ser diferente de la base de cotización sobre la cual realizan aportes los docentes. Así las cosas, solicita que se acojan los criterios expuestos en la Sentencia C-258 de 2013, en el sentido de disponer la reliquidación de las mesadas pensionales sólo frente a los factores que efectivamente cotizó el demandante.

Indicó que si bien el demandante devengó durante su último año de servicio oficial algunos factores salariales diferentes de la asignación básica, estos no se encuentran dentro de la lista que estableció el legislador en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, razón por la cual el acto demandado no adolece de vicio alguno.

Por último, señaló que en este caso el ente territorial que expidió los actos acusados es quien debe concurrir al proceso para defender la legalidad de los mismos, o en su defecto, hacer efectivo el restablecimiento del derecho del demandante.

2.7. Actuación en segunda instancia. A través de auto del 22 de abril de 2016⁶, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte accionada en contra de la sentencia aludida; a su vez, por proveído del 1 de junio de 2016⁷, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión.

2.8. Alegatos de conclusión: Ninguna de las partes hizo uso de esta etapa procesal.

2.9. Concepto del Ministerio Público⁸: El delegado del Ministerio Público ante esta corporación, indicó que se encuentra acreditado que al actor, mediante Resolución N°. 0013 del 08 de enero de 2008, le fue reconocida la pensión de jubilación, por parte de la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por haber prestado sus servicios como docente al Municipio de Sincelejo-Sucre por más de 20 años, adquiriendo el status de pensionado el 04 de junio de 2007.

Igualmente se encuentra demostrado que, dicha prestación económica se liquidó sin incluir todos los factores salariales devengados, aún cuando para el año inmediatamente anterior a la adquisición de su status de pensionado, devengó los siguientes factores salariales: prima vacacional docente, prima de navidad y prima de alimentación tal como consta en el certificado de salarios aportado al proceso. Así las cosas, le asiste derecho al demandante a que se le reliquide su pensión vitalicia de jubilación con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales, en

⁶ Fl. 3 del C. Alzada

⁷ Fl. 13 del C. Alzada

⁸ Fl. 38-42 C. alzada.

virtud de la Ley 33 y 62 de 1985. En consecuencia, solicita se confirme la sentencia primigenia.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Problema Jurídico. Consiste en determinar si el actora tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación, 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 semestral, prima vacacional y prima de navidad, así estos no estén expresamente consagrados en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) El régimen pensional Ley 33 de 1985, ii) Caso concreto y iii) Conclusión.

3.2. Régimen pensional Ley 33 de 1985: La Ley 33 de 1985 dispone que la pensión de jubilación será reconocida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, fue modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, estableciendo un listado de los factores salariales a tener en cuenta, sobre este punto o aspecto se han tejido múltiples contradicciones respecto a cómo debe aplicarse entonces esta normatividad en cuanto al régimen de transición ya mencionado, puesto que al momento del reconocimiento de las pensiones se ha interpretado que los factores salariales contenidos en las normas no son taxativos, al respecto el H. Consejo de Estado ha establecido⁹:

"De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores

⁹ Sección Segunda Consejero ponente: Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09).

salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios”.

La anterior jurisprudencia indica que los factores salariales son enunciativos y no taxativos, pues puede haber devengado ciertos factores salariales que no están en la Ley y que pueden servir de base para realizar las cotizaciones al sistema pensional, la misma sentencia establece que si bien hay factores salariales, sobre los cuales no se hicieron deducciones, esto no es óbice para que sean excluidos de los factores base de liquidación, así se ha expresado:

“Entonces, si el querer del legislador consiste en que las pensiones se liquiden tomando como base los factores sobre los cuales se han efectuado aportes a la seguridad social no puede concluirse que, automáticamente, los factores que no han sido objeto de las deducciones de Ley deban ser excluidos del ingreso base de liquidación pensional, pues siempre es posible ordenar el descuento que por dicho concepto haya lugar.

En este orden de ideas, la protección al erario público es un principio que debe armonizarse con los derechos laborales, a los cuales la Constitución Política les da especial importancia, de esta manera se logra efectivizar ambos mandatos sin necesidad de restringir excesivamente ninguno de ellos, toda vez que, como ha quedado expuesto ambos deben coexistir dentro del Estado Social de Derecho”.

De lo anterior se puede concluir que los factores salariales a incluir para quienes se benefician del régimen de transición son aquellos que devengó el trabajador durante el último año de servicios, si dado el caso las deducciones para el sistema pensional no se hicieron sobre todos ellos, es posible ordenar el descuento a que haya lugar.

De otro lado se ha expresado que la Ley 100 de 1993 en cuanto al régimen de transición se refiere, solo hace referencia a la edad para pensionarse, el tiempo de servicios y el número de semanas cotizadas,

al respecto el H. Consejo de Estado¹⁰, se ha pronunciado, manifestando que en virtud del principio de inescindibilidad, cuando se trata de norma especial como en este caso la Ley 33 de 1985 esta debe aplicarse en su integridad, de lo contrario se estarían conjugando dos sistemas normativos opuestos, tomando lo más beneficioso de cada uno según sea el caso, así lo ha dicho expresamente:

"En consecuencia, al examinar los requisitos para acceder a la pensión de jubilación consagrados en las dos normas arriba señaladas, observa la Sala que los mismos no se pueden mirar en forma aislada tal como lo pretende el actor, esto es, requisito por requisito, pues ello permitiría la posibilidad de crear un tercer régimen compuesto por los elementos más favorables de uno y otro. Por el contrario, en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del régimen de transición debe observarse en su integridad, pues es posible que en la normativa aplicable (Ley 33 de 1985), existan ventajas que no se encuentren en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993".

Conforme a lo expresado este juzgador acoge la posición del H. Consejo de Estado, que ha construido una línea de interpretación en cuanto al régimen de transición y que fue reafirmada en Sentencia de Unificación de 25 de febrero de 2016¹¹ en el cual se aparta de la posición acogida en la SU-230 de 2015 de la H. Corte Constitucional, por cuanto esta se aplica para determinados casos tramitados en la jurisdicción ordinaria, de tal forma que acoger esta posición estaría afectando los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales y con esta variación estaría afectando el derecho a la igualdad de personas cuyos procesos se encuentran en trámite y que en similares ocasiones han sido fallados con aplicación integral de la Ley 33 de 1985, así dice la mencionada sentencia de manera específica:

¹⁰ Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01061-01(2890-13)

¹¹ Sección Segunda C.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01541-01(4683-13)

"En esta oportunidad la Sección Segunda del Consejo de Estado considera que la sentencia SU-230 de 2015, dado que tuvo como origen una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que casó el fallo recurrido y ordenó liquidar la pensión con el promedio de los últimos 10 años, lo que hizo fue avalar la interpretación que tradicionalmente ha tenido la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, con respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria. El criterio invariable de esta Corporación, sostenido en forma unánime por más de veinte años, ha sido y es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprende la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75%). La única excepción a este criterio la constituyen las pensiones de Congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4° de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la sentencia C-258 de 2013, pues conforme a la parte resolutive de la referida sentencia de control constitucional, "las reglas sobre ingreso base de liquidación (IBL), aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso". La variación interpretativa que pretende introducir la sentencia SU-230 de 2015, si se acogiera por el Consejo de Estado, afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas, y que constituyen un número significativamente menor de quienes se han beneficiado de la forma tradicional de liquidación, dada la inminente finalización del régimen de transición pensional. Los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que la misma Corte Constitucional ha estimado incorporados a la Constitución Política colombiana en virtud del llamado "bloque de constitucionalidad", no se predicen exclusivamente de los cambios legales sino también de las variaciones jurisprudenciales. Si la interpretación tradicional del Consejo de Estado sobre el concepto de "monto" en las pensiones del régimen de transición del sector público se ha aplicado a la generalidad de los pensionados de dicho sector, tanto en sede administrativa como en las decisiones judiciales, y esa interpretación ha sido compartida por la Corte Constitucional en sentencias de constitucionalidad y de tutela, no parece acorde con los referidos principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que se pretende introducir con la sentencia SU-230 de 2015".

De tal forma entonces, tanto en el IBL, como en los factores salariales y demás, en caso de reconocerse que el actor es beneficiario del régimen de transición, este se debe aplicar en su integridad.

3.3. El caso concreto: Conforme las pruebas aportadas al plenario, el Tribunal encuentra acreditado que el señor JESÚS MARÍA TORRES HERNÁNDEZ nació el día 04 de junio de 1952¹², prestó sus servicios en la Escuela Santa María de Sincelejo, desde el 15 de abril de 1971 al 15 de julio de 1971¹³; posteriormente, fue trasladado a la Escuela Rural Buenos Aires de Sincelejo donde laboró en el período comprendido entre el 16 de julio de 1971 al 4 de febrero de 1981.

Posteriormente, fue nombrado en el cargo Director en la Escuela Buenos Aires de Sincelejo, a partir del 05 de febrero de 1981 hasta el 26 de abril de 1994. Por último fue vinculado como docente en el Colegio Rafael Núñez de Sincelejo, desde el 27 de abril 1995 hasta el 04 de marzo de 2014¹⁴.

El 03 de julio de 2007¹⁵, el demandante presentó solicitud pensional a la Secretaria de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a efectos de que se le incluyera en nómina de pensionados. En respuesta a lo pedido la entidad aludida, a través de la Resolución N° 0013 del 08 de enero de 2008¹⁶, reconoció la pensión vitalicia de jubilación a favor del señor TORRES HERNÁNDEZ, de acuerdo con lo establecido en la Ley 6 de 1945 y Ley 33 de 1985, Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 del mismo año, efectiva a partir del 5 de junio de 2007.

Es de resaltar, que el régimen del que es beneficiario el demandante incluye tanto los requisitos de edad y tiempo de servicios como el monto de la prestación, último elemento que está integrado por la asignación básica mensual más los factores salariales que se deben tener en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación y el porcentaje del reconocimiento, por lo que no es posible pretender, como lo hace la entidad demandada, que el monto de la prestación sea

¹² Fl. 2 C. N° 1.

¹³ Fl. 8 C. N°1.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Según Resolución No. 0013 de 2008, que ordena el reconocimiento de la pensión, se indica como fecha de solicitud el 3 de julio de 2007. Fl. 3 C. Ppal.

¹⁶ Fl. 3-5 C. Ppal.

un elemento independiente y diferente al ingreso base de liquidación y al porcentaje de la pensión, aceptar tal posición sería desmembrar el régimen especial, anular el beneficio de la transición y vulnerar el principio de "inescindibilidad de la ley" que impide la aplicación de normas disímiles a un caso concreto, toda vez que, dentro de una sana interpretación, no es viable fragmentarlas de manera que a quien resulta beneficiario de un régimen de transición aquel deberá aplicársele de manera íntegra y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento.

Ahora bien, teniendo en cuenta la certificación¹⁷ proveniente del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se observa que el señor Jesús María Torres Hernández, devengó además del salario mensual los siguientes factores salariales: **Prima de Alimentación, Prima semestral, Prima vacacional y Prima de navidad.**

De lo expuesto se concluye que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no liquidó la pensión de jubilación del señor Jesús María Torres Hernández, con el 75% del promedio de todos los factores devengados durante el último año de servicio. Bajo estos supuestos, no hay duda que tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación en cuantía del 75%, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

Es decir, además de la asignación básica, deberá incluirse la prima de alimentación, 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, aunque no hayan sido objeto de aportes por el empleador, toda vez que no sería justo que fueran los beneficiarios los llamados a responder por la omisión 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 concepto¹⁸ del pago de las respectivas mesadas.

¹⁷ Fl. 7 C.Nº1.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto del 2010, CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente N° 0112-09.

Al respecto, es necesario precisar que de acuerdo con el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 la prima o subsidio de alimentación solo constituye factor salarial para los empleados públicos del orden nacional. No obstante, con la expedición el Decreto 1919 de 2002¹⁹, se dispuso que dicha prima o subsidio debe serle reconocido a los empleados del orden territorial a partir del año 2007, por lo tanto, como quiera que el demandante en su condición de docente nacionalizado adquirió su estatus jurídico de pensionado el 4 de junio de 2007, tiene derecho a que se le reconozca dicho factor salarial.

Finalmente, respecto a la prima semestral, observa esta Colegiatura que no es procedente conceder dicho factor, toda vez que, de acuerdo con el fallo proferido por este Tribunal en Sentencia del 22 de mayo de 2008, dentro de los expedientes acumulados N°. 2004-00390-00 y 2005-01524-00, con efectos de cosa juzgada erga omnes y retroactivos, 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, como quiera que el 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, por lo tanto 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. En consecuencia, se modificará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, pero sólo en lo que respecta a la prima semestral.

3.4. Conclusión: El Tribunal modificará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, pero sólo en lo que respecta a la prima semestral y confirmará en lo demás, acogiendo el criterio expuesto por

¹⁹ 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.

el *A quo* al declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, en lo que respecta a la reliquidación pensional, porque la entidad demandada al expedir el acto administrativo anulado no tuvo en cuenta lo dispuesto por la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985 y la jurisprudencia vigente al respecto. En este orden de ideas, el actor tiene derecho a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, reliquide la pensión vitalicia de jubilación del señor Jesús María Torres Hernández, en cuantía del 75%, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en su último año de servicio, como son: la prima de alimentación, prima vacacional y la prima de navidad, excluyendo la prima semestral por las razones antes expuestas.

3.5. 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.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: Modificar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 25 de enero de 2016, el cual quedará así:

"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, la Nación-Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá reliquidar la pensión de jubilación del señor Jesús María Torres Hernández, a partir del 5 de junio de 2007,

*en cuantía del 75% de la asignación básica más elevada incluyendo todos los factores salariales devengados en su último año de servicio (2007), por lo que deberán incluir los valores por concepto **de prima de alimentación, prima vacacional y prima de navidad (...)**”.*

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. 157.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA

Magistrada

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado

Magistrado

(Ausente con permiso)