



## **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**

Sincelejo, veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**RADICADO:** No. 70-001-33-31-007-2014-00246-00  
**DEMANDANTE:** BERNABELA MARÍA GONZÁLEZ MERCADO  
**DEMANDADO:** NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

**TEMA:** RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN DONCETE –FACTORESSALARIALES APLICABLES.

### **1. ASUNTO A DECIDIR**

Agotado el trámite procesal ordinario previsto en la Ley 1437 de 2011, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda que en derecho corresponda, dentro del proceso promovido por la señora BERNABELA MARÍA GONZÁLEZ MERCADO, contra de la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

### **2. ANTECEDENTES.**

#### **2. 1. PRETENSIONES.**

BERNABELA MARÍA GONZÁLEZ MERCADO, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA, presentó demanda<sup>1</sup> en contra de la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pretendiendo: 1.) que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0609 del 11 de noviembre del 2004, y de la Resolución No. 1281 del 30 de septiembre de 2014<sup>2</sup>, expedidas por la Secretaría de Educación de Sucre, en nombre y representación de la

---

<sup>1</sup> Folios 1 - 6 C. Ppal.

<sup>2</sup>Ver, adición a la demanda, a f. 35.

Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. A título de restablecimiento, solicita2.) que se ordene a la demandada, reliquidar su pensión de jubilación, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio a la causación del derecho.

Añade a lo anterior, que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA; que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas;y, se condene a la entidad demandada a pagarle las costas del presente proceso.

## **2.2. HECHOS.**

Basó su petitum el demandante, en los hechos que se compendian a continuación.

Aduce que la mediante la Resolución No. 0609 del 11 de noviembre de 2004, la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, le fue reconocida en calidad de docente, una pensión vitalicia de jubilación.

Indica que al liquidarse la misma, no se incluyó en ella todos los factores salariales que percibió durante el último año de servicio a la causación de su derecho, como por ejemplo: la prima de navidad, prima vacacional, prima de alimentación, prima semestral, sobresueldo, horas extras, entre otros.

Con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, manifiesta que por tratarse de un asunto de materia pensional, no se requiere agotar la vía gubernativa. Así mismo, por ser un derecho cierto, es prescindible la conciliación prejudicial.

## **2.3. NORMAS VIOLADAS.**

Considera el demandante, que con la actuación de la entidad demandada, se violaron los siguientes preceptos constitucionales y legales: artículos29, 48 y 53 de la Constitución Nacional; artículo 15 de la Ley 19 de

1989; artículo 4º de la Ley 4ª de 1976; artículo 9º de la Ley 71 de 1988; artículo 2º, literal a), de la Ley 4ª de 1992.

#### **2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.**

El demandante conceptuó que la violación de las normas anteriores recae en que, al ser beneficiaria del régimen de transición, le es aplicable la Ley 33 de 1985, tal como lo estableció el acto que reconoció su pensión de jubilación.

En ese sentido, señala que conforme la norma antes mencionada, las pensiones de los empleados oficiales, de cualquier orden, deben liquidarse con los factores que sirvieron de base para la liquidación de los aportes. Luego entonces, como las resoluciones demandadas -parcialmente- no incluyen todos los factores salariales, en aplicación a la Ley 62 de 1985 (art. 1), se debe tener en cuenta para la liquidación, además de la asignación básica mensual, los factores que constituyen salario.

De otra parte, sostiene que los actos acusados violan el artículo 4º de la Ley 4ª de 1976, que indica que las pensiones de jubilación a que tengan derecho los trabajadores del sector público, se liquidarán tomando como base el promedio del último año de servicio. Así mismo, viola el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, que dispone el respeto de los derechos adquiridos por los empleados oficiales, prohibiendo la desmejora de sus salarios y prestaciones sociales.

Como último, indica que las resoluciones que se demandan violan los preceptos constitucionales al debido proceso (artículo 29 CP), en cuanto desconoce los conceptos constitutivos de factor salarial de acuerdo a la ley; a la seguridad social (artículo 49 CP), en razón a que la pensión del actor resulta fraccionada; y, el de la irrenunciabilidad a los beneficios establecidos en las normas laborales (artículo 53 CP), el cual garantiza el cumplimiento de los derechos a los trabajadores.

#### **2.5. CONTESTACIÓN**

La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante apoderada judicial, ejerció

su derecho de contradicción y defensa dentro del término de ley<sup>3</sup>, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en consideración a que carecen de sustento fáctico y jurídico.

Indicó que, a la demandante le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, por acreditar 20 años de servicios y 50 años de edad, sin embargo, para la liquidación de la misma, solo se debía tener en cuenta los factores señalados por la ley, en este caso, el Decreto 752 de 2003, tal como se hizo en la Resolución No. 0609 de noviembre de 2004. En ese sentido, adujo que la inclusión de otros factores no resulta viable conforme al ordenamiento jurídico pertinente.

A propósito, señala que de conformidad con los antecedentes legales que precedieron las resoluciones enjuiciadas, sostiene que para el reconocimiento de la pensión de la demandante los únicos factores que deben tenerse en cuenta son sobre los que efectivamente realizó aportes el docente, en aplicación de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de 1985, y el Decreto 752 de 2003.

Al final, propuso como excepciones, 1ª) inexistencia del derecho por errónea interpretación; 2ª) cobro de lo no debido; 3ª) buena fe; 4ª) prescripción de los derechos; 5ª) compensación; 6ª) genérica o innominada; y, 7ª) no agotamiento de la vía gubernativa.

## **2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

Las partes, no se presentaron a la audiencia inicial, en la que se corrió traslado para alegar de conclusión.

## **2.7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El representante del Ministerio Público no emitió concepto.

## **3. TRÁMITE PROCESAL.**

---

<sup>3</sup>fs. 51-65.

La demanda se presentó el 3 de diciembre de 2014<sup>4</sup>, la cual mediante auto del 11 de diciembre siguiente se admitió<sup>5</sup>, notificándose personalmente de esa decisión a las parte demandada, por mensaje dirigido al buzón electrónico de la entidad<sup>6</sup>; por auto del 19 de noviembre de 2015<sup>7</sup>, se fijó fecha de audiencia inicial de conformidad con lo preceptuado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la cual se celebró el 23 de febrero de 2015<sup>8</sup>, en la que se dispuso prescindió de audiencia de pruebas y se corrió traslado a las partes para presentaran sus alegatos de conclusión.

## **4. CONSIDERACIONES**

### **4.1. COMPETENCIA.**

El juzgado es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

### **4.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.**

Con la demanda se pretende la nulidad parcial de la Resolución No. 0609 del 11 de noviembre del 2004, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la demandante; así como de la Resolución No. 1281 del 30 de septiembre de 2014, por la que se le reconoció y ordenó el pago de una reliquidación pensional, ambos actos expedidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre.

### **4.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Atendiendo el marco establecido en la etapa de fijación del litigio, dentro de la audiencia inicial celebrada en el sub judge, el problema jurídico se

---

<sup>4</sup> Así se evidencia con la nota de recibido de la Oficina Judicial de Sincelejo, obrante a f.6 C. Ppal; en concordancia con el acta individual de reparto, visible a f.15 ib.

<sup>5</sup>f. 17ib.

<sup>6</sup>f.21. Acuse de recibido, del 4 de febrero de 2015, a f. 26 ib.

<sup>7</sup>f.92ib.

<sup>8</sup> Ver acta a folios 24 - 56, ib.

centra en determinar, ¿Si a la demandante le asiste el derecho, o no, a la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

En ese sentido, a fin de desatar el litigio es preciso tener en cuenta: el régimen pensional aplicable a los docentes (marco normativo y jurisprudencial); y el caso concreto.

Antes de entrar a estudiar lo relativo al fondo del asunto, se advierte que las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación, al estar relacionadas con la materia litigiosa, se entrarán a resolver cuando se proceda a estudiar la misma.

#### **4.4. RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE.**

Teniendo en cuenta lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se determina tomando como referencia la fecha de ingreso al servicio educativo estatal, de tal forma que si la vinculación es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes aplicables hasta el momento; y si es posterior a tal fecha, el régimen aplicable es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

En efecto, así se precisó en el Acto Legislativo No. 01 de 22 de julio de 2005, artículo 1º, par transitorio, a saber:

*“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 vincule 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”*

Ahora, de acuerdo con en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados tienen derecho a la pensión de jubilación establecida en la norma vigente para los empleados del sector público nacional antes de dicha ley.

En ese sentido, la norma vigente que regulaba las pensiones de los empleados públicos del orden nacional antes de la Ley 91 de 1989, es la Ley 33 de 1985, por medio de la cual se dictan algunas medidas en relación a las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público. Su artículo 1º dispone lo siguiente:

*“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) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (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 1º (...)*

*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.*

*(...)”*

En consecuencia, se exceptúan de la aplicación de dicha ley, en primer lugar los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifican la excepción que la ley ha determinado expresamente. En segundo lugar, aquellos que por ley disfrutaban de un régimen especial de pensiones; y en tercer lugar, quienes quedaron

cobijados por el régimen de transición, que, así las cosas, su derecho a la pensión debía regirse por la norma inmediatamente anterior.

Atinente a las dos primeras hipótesis, y mirando al caso concreto, se precisa que los docentes no tienen un régimen exceptuado ni especial de pensiones. Sobre esto último el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, reiteradamente ha dicho lo siguiente<sup>9</sup>:

*“Los docentes que prestan sus servicios en entidades del Estado, en sus diferentes órdenes, son empleados oficiales de régimen especial. Tal régimen comprende, entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (artículo 3 Decreto 2277 de 1979) pero no regula lo relativo al régimen pensional.*

*Lo anterior por cuanto las citadas normas no previeron requisitos especiales para los docentes, relacionados con la edad, el tiempo de servicio y la cuantía, diferentes a los consagrados en disposiciones generales.”*

A su vez, en sentencia del 7 de abril de 2005, C.P. Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, expediente radicado No. 73001-23-31-000-2001-02405-01 (885-04), la Sección Segunda, Subsección B de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a propósito del tema precisó:

*“Sin embargo en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferente de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones.”*

Así entonces, a los docentes le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual establece que el porcentaje del 75% se aplica sobre la base compuesta por el promedio de lo devengado durante el último año de servicios.

---

<sup>9</sup>Sentencia del 20 de septiembre de 2007. expediente rad. No. 76001-23-31-000-2002-04660-01(7703-05)

Ahora, sobre los **factores que se deben tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación**, es del caso aplicar la tesis fijada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en la que se concluyó que la preceptiva contenida en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, es un principio general y no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizando los aportes que correspondan. Cita la providencia:

*“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 cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.”*

Y, en la misma sentencia 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, concurre al 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, enlistan 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<sup>10</sup>."*

Es importante destacar que la anterior posición jurisprudencial ha sido reiterada en sentencias proferidas con posterioridad<sup>11</sup>, 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 actor en el último año de servicios.

En ese sentido, la preceptiva contenida en el artículo 1º de en la Ley 62 de 1985, debe entenderse como un principio general y por lo tanto no puede considerarse de manera taxativa, por tal razón deben incluirse todos los factores efectivamente devengados realizándolos aportes que correspondan, atendiendo 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*

---

<sup>10</sup> Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>11</sup> Véase las sentencias de la Sección Segunda - Subsección B, del 17 de marzo del 2011, CP: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicado N° 1159-10; y, del 3 de febrero de 2011, CP: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ, radicado N° 0665-08.

*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<sup>12</sup>."*

Cabe señalar entonces que cada régimen pensional se debe aplicar en su integridad, atendiendo el principio de inescindibilidad de la norma, es decir, sin fraccionamiento alguno y sin que sea procedente tomar una parte de uno y otra de otro, para hacer un reconocimiento pensional, el cual se encuentra resguardado como derecho fundamental por la máxima norma constitucional, especialmente cuando ello resulta más favorable para el trabajador. Al respecto ha manifestado el Consejo de Estado:

*"Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda"<sup>13</sup>.*

Y más adelante, señaló en la misma providencia:

---

<sup>12</sup>Consejo de Estado, Sección 2ª, sentencia del 16 de febrero de 2012, radicación N°25000-23-25-000-2007-00001-01 (0302-11), CP: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

<sup>13</sup> Al respecto ver la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de esta Corporación, Consejera ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0627-01 (4526-01), Actor: Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.

*“Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación.*

*En efecto, durante el último año de servicio, comprendido entre el 31 de octubre de 2001 y el 31 de octubre de 2002, el actor devengó los siguientes conceptos: asignación básica; alimentación; bonificación por recreación; bonificación semestral; bonificación por servicios; diferencia de horario; dominicales y festivos; horas extras; inc. (sic) Antigüedad; prima de productividad; prima de navidad; prima de vacaciones; indemnización de vacaciones.*

*CAJANAL, de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle la pensión de jubilación tuvo en cuenta la asignación básica, dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y, diferencia de horario, factores que fueron devengados entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de octubre de 2002”<sup>14</sup>.*

Como corolario de las normas cuya parte pertinente se transcribió, y acogiendo la interpretación y argumentos expuestos por el H. Consejo de Estado sobre la materia, es claro que para liquidar las pensiones de jubilación 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, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no haya mención taxativa por la Ley 62 de 1985; y en caso de que no se hayan efectuado las deducciones por aportes sobre todos los factores, se concede a la caja de previsión respectiva el derecho a realizarlo, para cubrir los nuevos factores salariales base de liquidación pensional. En ese sentido, se desecha la tesis planteada por la Corte Constitucional, según la cual el IBL no es un aspecto de la transición,

---

<sup>14</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., 04 de agosto del 2010, Radicado 0112-09, Actor Luis Mario Velandia, Demandado Caja Nacional de Previsión Social.

contenidas en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, tal como viene aplicando el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Oral<sup>15</sup>.

#### **4.5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.**

Conforme las pruebas aportadas al plenario, se encuentra demostrado que, según la Resolución No. 0609 del 11 de noviembre del 2004<sup>16</sup>, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la representación que de él hace la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, reconoció y ordenó el pago a favor de la señora BERNABELA MARÍA GONZÁLEZ MERCADO, de una pensión vitalicia de jubilación por haber acreditado los requisitos de edad y tiempo previstos en la Ley 33 de 1985, esto es, más de 20 años de servicio y 55 años de edad, en su condición de docente nacionalizada en el cargo de Coordinadora en la Institución Educativa Heriberto García Garrido en el municipio de San Onofre, tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación básica y el sobre sueldo, adquiriendo el status de jubilada.

Así mismo, está demostrado que mediante la Resolución No. 1281 del 30 de septiembre de 2014<sup>17</sup>, se reliquidó esa prestación, sin modificar el ingreso base de liquidación.

Ahora, en las consideraciones de la Resolución No. 0609 del 11 de noviembre del 2004, es decir, de la que reconoce a la actora la pensión ordinaria de jubilación, se dice que la demandante presentó documento idóneo para demostrar que nació el 9 de marzo de 1949, lo que concuerda con lo registrado en su cédula de ciudadanía<sup>18</sup>, es decir, que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 35 años de edad, y más de 15 año de servicio, conforme certificado expedido por la Secretaría de Educación de Sucre, por tanto, por reunir los requisitos que dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es beneficiaria del régimen de transición, sobre lo cual no hay

---

<sup>15</sup>Ver, entre otras, la sentencia del 24 de septiembre de 2015, de la Sala Primera de Decisión Oral, radicación No. 70-001-33-33-004-2014-00037-01, con ponencia del Magistrado Dr. LUIS CARLOS ALZATE RÍOS.

<sup>16</sup>f. 8-9.

<sup>17</sup>fs. 33-34.

<sup>18</sup>f. 12.

discusión, pues así lo acepta la demandada en los dos actos demandados, como en la contestación.

En ese sentido, se tiene que para la liquidación de la pensión reconocida a la demandante, debe tenerse en cuenta el 75% del salario promedio mensual de todo lo devengado durante el último año de servicio previo a adquirir el status de pensionada, esto es, el día 9 de marzo de 2004.

Ahora, del certificado de pagos de salarios de la actora<sup>19</sup>, se vislumbra que ésta devengó durante el último año de servicios anterior a la causación del derecho, además de la asignación básica mensual y sobre sueldo, factores salariales atinentes a **prima de alimentación, prima grado, prima vacacional** y la **prima de navidad**, las que debieron ser incluidos en su totalidad en la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación que le fuera reconocida a aquélla por cuenta de la pluricitada Resolución No. 0609 del 11 de noviembre del 2004, reliquidada por la Resolución No. 1281 del 30 de septiembre de 2014. Es más, en virtud del Decreto 1045 de 1978, artículo 45, la prima o auxilio de alimentación, la prima vacacional y la prima de navidad, constituyen factor de salario para liquidar las cesantías y pensión.

En ese orden, al notar que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en representación del Ministerio de Educación Nacional, no incluyó en la pensión ordinaria de jubilación de la actora todos los factores salariales devengados por ella en el último año de servicio, se concluye, con base en lo referido en los considerandos, que a la actora sí le asiste el derecho a que la entidad demandada incluya todos los factores salariales en la pensión de jubilación.

Así las cosas, el despacho ordenará que para la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante se incluyan los valores devengados por conceptos prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional y prima de navidad, desde la fecha en que adquirió el status y su pago desde la fecha exenta de prescripción respecto a las mesadas

---

<sup>19</sup>f. 11.

pensionales, que para los servidores públicos es de tres años, a partir de la fecha en que se hacen exigibles.

En consecuencia, como la demanda fue presentada el día 3 de diciembre de 2014, el reajuste pensional tendrá efectos a partir del **3 de diciembre de 2011**, para lo cual se ordenará a la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pagar a la actora las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de percibir entre los valores que le habían sido reconocidos y pagados y los que dejó de percibir por la no inclusión de los factores salariales aquí reconocidos. Sumas que serán canceladas por la entidad demandada y deberán ser actualizadas de acuerdo con la fórmula:  **$R = RH * \text{ÍNDICE FINAL} / \text{ÍNDICE INICIAL}$** .

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la actora, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, teniendo en cuenta el carácter de tracto sucesivo de la obligación).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Conforme lo expuesto, las excepciones propuestas por la apoderada de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de inexistencia del derecho por errónea interpretación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación, no prosperan toda vez que se desconoció el derecho que posee la accionante de percibir su mesada pensional con respecto a su salario base y todos los factores salariales que devengó en el último año antes de adquirir su estatus de pensionada, por lo que se entiende que deben reliquidar dicho monto, dado que no se ha cancelado la totalidad del derecho que posee la demandante y no hay lugar a extinción de la obligación por pago.

#### **4.6. 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. Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cuales serán liquidadas por Secretaría conforme las previsiones de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

## **5. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **FALLA:**

**PRIMERO. DECLÁRESE** no probadas las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLÁRESE** la nulidad parcial de la Resolución No. 0609 del 11 de noviembre del 2004, y de la Resolución No. 1281 del 30 de septiembre de 2014, expedidas por la Secretaría de Educación de Sucre, en nombre y representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNASE** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reliquidar la pensión de jubilación de la señora BERNABELA MARÍA GONZÁLEZ MERCADO, identificada con la cédula No. 33.170.218 expedida en Sincelejo, a partir del 9 de marzo de 2004, con la inclusión de todos los factores salariales por ella devengados en el último año de servicio base de liquidación, es decir, la asignación básica, sobresueldo, prima de alimentación, prima de grado, 1/12 de la prima vacacional y la prima de navidad.

De igual forma, deberá pagar a la demandante las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de percibir, en las diferentes épocas no afectadas con la prescripción, que resulte entre los valores que le habían sido reconocidos y pagados, y los que dejó de percibir por la no inclusión del sobresueldo, prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional y la prima de navidad; para tal efecto, la entidad demandada hará las deducciones sobre los factores ahora incluidos y que no hayan sido objeto de aportes por el empleador, todo lo anterior, con los reajustes de ley y debidamente indexados hasta la fecha de la ejecutoria de esta sentencia.

**CUARTO: DECLÁRESE** probada la excepción de prescripción del derecho a recibir el pago del reajuste de las mesadas causadas anteriores al 3 de diciembre de 2011.

**QUINTO: NIÉGUENSE** las demás pretensiones de la demanda, conforme lo señalado en la parte motiva.

**SEXTO: CONDÉNESE** en costas a la parte demandada, Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones de los artículos 365 y 366 del C.G. del P.

**SÉPTIMO: DÉSE** cumplimiento a esta sentencia, con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 a 195 del CPACA.

**OCTAVO:** En firme la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir, y seguidamente **ARCHÍVESE** el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA B.SÁNCHEZ DE PATERNINA**

**JUEZ**