



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICACIÓN: 70-001-33-33-003-2015-00060-01
DEMANDANTE: GLADYS JUDITH SAN JUAN PACHECO
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2016, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo-Sucre, en la cual se accedió parcialmente a las súplicas de demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹.

La señora **GLADYS JUDITH SAN JUAN PACHECO**, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formuló demanda contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a través de la cual, **pretende** que se declare la nulidad parcial de la Resolución N°. 0151 del 25 de agosto de 2006, mediante la cual se reconoció una pensión de jubilación, pero sin incluir todos los factores salariales devengados por la actora el año anterior en que adquirió tal derecho.

¹ Folios 1-18 C-1.

A título de restablecimiento del derecho, **solicita** se ordene a la Entidad demandada reliquide y pague al demandante la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales que devengó el año anterior a su estatus pensional.

Como **supuestos fácticos**, se afirmó en la demanda que:

La señora GLADYS JUDITH SAN JUAN PACHECO nació el 17 de abril de 1951 y prestó sus servicios como Docente Nacionalizada durante más de 20 años, por lo que mediante Resolución N.0151 del 25 de agosto de 2006, se le reconoció pensión de jubilación efectiva a partir del 18 de abril de 2006, en cuantía de \$1.408.913.00.

Para la liquidación de la citada pensión de jubilación, únicamente se tuvo en cuenta, la asignación Básica Mensual, desconociendo los demás factores salariales como son: la prima de navidad, la prima de vacaciones, prima de alimentación y prima semestral.

Como **normas violadas** en la demanda se señalaron las siguientes: Constitución Política, arts.1,2,4,5,6,13,23,25,46,48,53,58,228,336; Ley 91 de 1989; art.15-1, Ley 4 de 1992;art.2 y 12,Ley 115 de 1994;art. 115 y 180; Ley 6 de 1945, Ley 4ª de 1966.art.4º,Ley 812 de 2003:art.81, Decreto 1743 de 1966,art.5º, Decreto 1045 de 1978, art.45.

En el **concepto de violación**, expresó la parte actora que la discrepancia con la entidad demandada radica en los factores salariales que se tuvieron en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión, señalando que la pensión se debe liquidar teniendo en cuenta todos los factores salariales que devengó el año de servicio anterior a adquirir su estatus de pensionada.

Manifestó, que se quebrantó la Ley 812 de 2003, por cuanto, esta norma establece en su art. 81 que el régimen prestacional de los docentes nacionalizados es el establecido para el Magisterio en las disposiciones anteriores a su entrada en vigencia; en consecuencia, el Decreto 3752 de 2003 no le era aplicable porque contraria lo dispuesto en el art.15 de la Ley 91 de 1989.

Solicitó, que se inaplique por inconstitucionalidad el Decreto 3752 de 2003 por las siguientes razones:(i) vulnera el art.53 de la C.P al modificar el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio,(ii) No tiene la fuerza legal para derogar la Ley 91 de 1989, art.15, núm. 2, literal b,(iii) Desconoció el art.2 de la Ley 4ª de 1992,(vi) El gobierno Nacional extralimitó sus funciones al proferir este decreto, por cuanto la norma reglamentada(Ley 812, art81) es aplicable solamente a los docentes que se vinculen con posterioridad a su expedición y este decreto 3752 fue aplicado a los docentes que se rigen por normas anteriores, como es el caso del actor, a quien la misma Ley 812 de 2003 le mantuvo el Régimen anterior, razón por la que se debió reconocer la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales (prima de navidad, prima de vacaciones, prima de antigüedad, y prima semestral) aplicando la Ley 91 de 1989, art.15, núm.2, literal b, en igualdad de condiciones que a todos los docentes afiliados al Fondo que se pensionaron con anterioridad a diciembre de 2003 y con posterioridad al 24 de julio de 2007.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- Presentación de la demanda: 16 de abril de 2015 (F 18)
- Admisión de la demanda: 28 de abril 2015 (Folio 49 C. Principal).Notificación a las partes: 29 de abril de 2015 (Folio 50). Contestación a la demanda: 26 de octubre de 2015 (Folio 79 a 93 C. Principal). De forma extemporánea.
- Audiencia inicial: 21 de abril de 2016 (Folio 255-256 C. principal).
- Sentencia de primera instancia: 12 de agosto de 2016 (Folio 268 a 276 Principal). Recurso de apelación: 23 de agosto de 2016 (Folio 281 a 296 C. principal). Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 26 de octubre de 2016 (Folio 304-305 C. Principal).

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

En auto del 28 de octubre de 2015, el Juzgado de Primera Instancia tuvo por no contestada la demanda, pues la misma fue presentada de forma extemporánea².

² Folios 77-79 del C-1.

1.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del circuito de Sincelejo, en sentencia del 12 de agosto de 2016 declaró la nulidad parcial de la Resolución N°. 0151 del 25 de agosto de 2006, en cuanto no incluyó en la liquidación de la pensión de jubilación, todos los factores salariales devengados por la demandante, durante el año anterior a la adquisición de su status pensional.

En pro de lo anterior, expuso que estaba probado que para calcular el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante, debió efectuarse con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta si aparecen o no en listados en la ley 62 de 1985 o si sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social. De esta forma, analizando lo anterior a la luz del concepto de la violación presentado, es visible que el acto administrativo demandado trasgrede las normas pretendidas por la señora Gladys San Juan Pacheco.

Dijo que la demandante se vinculó al servicio como docente nacionalizada desde el mes de marzo de 1975 hasta el mes de julio de 2003, por ello para efectos pensionales le es aplicable el régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985.

Precisó que, la prima semestral no es procedente incluirla como factor de reliquidación de la mesada de la pensión de jubilación de la demandante, a pesar de que la devengó el último año anterior a la fecha en que adquirió el estatus de pensionado, ya que, la norma que en el Departamento de Sucre sirvió de fuente jurídica a ese factor salarial(Ordenanza 08 de 1985), fue anulada por el Tribunal o Administrativo de Sucre en sentencia del 22 de mayo de 2008, proferida dentro de los expedientes acumulados No. 2004-00390-00 y 2005- 01524-00.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN³.

La parte demandada inconforme con la sentencia presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente. Como argumentos para revocar la sentencia de primera instancia expresó que, la decisión no se ajusta a derecho toda vez que no es viable conforme a la ley que se reconozca

³ Folios 281-296.

la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante, pues no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Señaló que el **Decreto 451 de 1984**: En este decreto se excluye de manera expresa la aplicación del mismo al personal de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva. Artículo 4º, las normas de este decreto no se aplicarán. b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva, indicando además que en materia de régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, se ha establecido un régimen especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ellos ejercen, el cual se encuentra previsto en la ley 91 de 1989, ley 60 de 1993, ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos. Es así, como por ejemplo ellos tienen una jornada laboral y periodos de vacaciones muy distintos a los previstos para el resto de los empleados del sector público. Por tal motivo como consecuencia de las características propias de la actividad docente, se justifica que su régimen salarial y prestacional sea diferente al de los empleados públicos del orden nacional, quienes deben asumir las responsabilidades y funciones propias de sus respectivos cargos en condiciones muy distintas a las de los docentes oficiales.

Indicó que la prima de servicios para el personal docente y directivo docente: 1) no ha sido creada por la ley 91 de 1989. Cuando la norma habla de continuar, hace referencia a aquellos casos en que fueron otorgadas con fundamento de normativa previa, 2) la ley 91 de 1989 en sus párrafo segundo, hace una mezcla entre las normas que otorgan prestaciones sociales y aquellas que determinan factores constitutivos de salario, por lo que, de lo anteriormente expuesto bien puede deducirse que las asignaciones allí relacionadas son meramente enunciativas(las del párrafo segundo del artículo 15) y hace referencia a las denominadas prestaciones especiales a cargo del empleador, cuando hay derecho a ellas y han sido creadas por ley; sin que pueda afirmarse que la prima de servicios ha sido creada por la ley 91 de 1989 a favor de los docentes estatales, dado que dicha norma sólo hace alusión a aquello que obligatoriamente son afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;3) en cumplimiento a lo señalado en el artículo 10º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el sentido del deber de aplicación uniforme de

las normas a situaciones que tengan los mismos supuestos actores; solo podría asumirse el reconocimiento de dichas primas con cargo a la Nación y en virtud de la nacionalización de la educación, en aquellos casos en que la prima de servicios les hubiese sido otorgada en disposiciones anteriores a la expedición de la ley 91 de 1989, en aplicación al principio establecido en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia sobre derechos adquiridos, teniendo en cuenta el pronunciamiento que sobre el particular hizo el Consejo de Estado para los funcionarios administrativos mediante concepto 2012 del 19 de abril de 2010.

1.5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

- Auto que admite el recurso de apelación: 15 de diciembre de 2016 (Folio 4 C. Apelación).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 20 de febrero de 2017 (Folio 12 C. Apelación).

1.5.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La **parte demandante** no presento alegatos de conclusión⁴.

La parte demandada, retoma los argumentos mencionados en el recurso de apelación. Además, fundamenta sus argumentos en el artículo primero (1) de la Ley 33 de 1985, así mismo, como ha determinado la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado al establecer que la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las leyes 6 de 1945 y 33 de 1985. Por su parte, se dijo que para el reconociendo de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual (Ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003).

Por otro lado, señaló que el Decreto 3752 de 2003 modifica los actos en cuanto a los factores salariales se refiere para la liquidación de las prestaciones, sujetándolos al aporte que efectivamente realice el docente; en consecuencia, el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007, que modificó el artículo 3 del mencionado decreto, estableció que a partir del 25 de julio de 2007 la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al FNPSM, se

⁴ Nota secretarial a folio 22 cuaderno de segunda instancia.

realizará teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, pero este tipo de situación no se ajusta al caso objeto de la presente controversia, por cuanto al momento en que la demandante adquirió el estatus de pensionada, se encontraba vigente el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003 manteniéndose inmodificables estas por ser situaciones jurídicas ya consolidadas⁵.

El **delegado del Ministerio Público** ante esta Corporación en esta oportunidad no emitió concepto⁶.

1. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

EL Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar, si *¿El acto administrativo demandado a través del cual se reconoció la pensión de jubilación a la docente GLADYS JUDITH SAN JUAN PACHECO está viciado de nulidad parcial por cuanto no incluyó todos los factores salariales por ella devengados, correspondientes al año inmediatamente anterior a la adquisición del Estatus de pensionada?*

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** Régimen pensional de los Docentes. Factores salariales para liquidar la pensión de jubilación; y **ii)** El caso concreto

2.2.1. RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES. Factores salariales para liquidar la pensión de jubilación.

Es reiterado por la jurisprudencia administrativa, que si bien el Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente, consagraba que los docentes estaban sometidos a un régimen especial, tal especialidad no está referida a la pensión ordinaria

⁵ Folios 16 -21 cuaderno de segunda instancia.

⁶ Nota secretarial a folio 22 cuaderno de segunda instancia.

de jubilación, pues el régimen al que están sometidos los docentes en esta materia no contemplan requisitos distintos a los estipulados en el régimen general de pensiones previstos para todos los empleados del sector público.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha insistido:

*"El Decreto ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, entonces vigente, en su artículo 3º, dispuso que los educadores que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal son empleados oficiales de régimen especial. Según las previsiones del decreto la especialidad del régimen hace referencia, entre otros aspectos, a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales. 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, diferentes 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"*⁷

Además ha reiterado, el alto Tribunal que:

"Sea del caso afirmar que los docentes nacionales y/o nacionalizados si bien es cierto han sido considerados empleados oficiales de régimen especial, dicho régimen especial, no obstante, en modo alguno se refleja en cuanto atañe con la pensión ordinaria de jubilación, materia en relación con la cual su situación es fundamentalmente idéntica a la de cualquier otro servidor estatal.

*Una explicación merece el anterior planteamiento. En efecto, por disposición del artículo 3º del Decreto Ley 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, son empleados oficiales de régimen especial. La especialidad comprende, como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, aspectos de administración de personal, así como algunas regulaciones en materia salarial y prestacional, que les permite disfrutar de algunas prerrogativas, entre las cuales se cuentan, la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (artículo 5º del Decreto 224 de 1972), algunos docentes gozan de la denominada pensión gracia (leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1993), e inclusive, algunos más disfrutaban de pensión gracia y pensión de invalidez, reiteradas las anteriores prestaciones por las Leyes 91 de 1989 – artículo 115 -. En cambio, ninguna de las anteriores disposiciones, ni ninguna otra, ha contemplado un régimen especial en cuanto concierne con la pensión ordinaria de jubilación de la cual también pueden disfrutar los docentes oficiales"*⁹.

⁷ Ver entre otras, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B". Consejero ponente: TARSICIO CÁCERES TORO. Bogotá D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006). Radicación número: 19001-23-31-000-2002-00594-01(5198-04). Actor: FENIX RUBIELA HURTADO SANCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-25-000-2002-09817-01(2848-04).Actor: NOHORA INES VACA VACA. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.

⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 28 de Junio de 2007. Sección Segunda, Subsección "B". Radicación N°. 2002-02326-01 (1439-06).

⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de Febrero de 2006. Sección Segunda, Subsección "B". Radicación N°. 2001-07475-01 (1406-04).

Bajo la anterior óptica, al referirse a la norma aplicable, que regula la pensión ordinaria de jubilación de los docentes el Consejo de Estado, ha manifestado, que no es otro que los requisitos traídos por la Ley 33 de 1985. En efecto, dijo el Alto Tribunal:

"(...) El Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria 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, e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

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, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional de dicho personal:

En su artículo 15 la citada ley estableció:

"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley..."

Así las cosas, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Para resolver el punto es necesario, entonces, hacer alusión a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las cuales se encuentra la Ley 33 de 1985.

Está probado, que el actor en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el mes de octubre de 1977, por ende se le aplica la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, Ley 33 de 1985.

En conclusión, por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985 que es régimen legal general”¹⁰

Criterio que se viene sosteniendo de tiempo atrás en el seno de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo, como se puede ver en sentencia del 23 de febrero de 2006, en la cual se hicieron las siguientes precisiones:

El Decreto Ley No. 2277 de 1979, estatuto docente, indudablemente que comprende un régimen “especial” de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación –derecho u ordinarias de los mismos. (...)

El Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, conforme a su artículo 3, solo se aplica en los temas relacionados con las materias que regula; ahora, como las pensiones ordinarias docentes no fueron contempladas en la disposición, ésta no resulta aplicable en ese campo.

La Ley 33 de enero 29 de 1985, publicada el 13 de febrero de 1985 en el Diario Oficial No. 36856, establece:

“Art. 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%) por ciento 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.

Par. 2o Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Par. 3o En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.

Art. 25. Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que sean contrarias.”

La Ley 33 de 1985, que obliga desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público sin distinción, resulta aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes (incluye docentes nacionales); para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Sentencia de diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009), Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02698-01(1961-08). Ver asimismo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Sentencia de diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011), Radicación número: 54001-23-31-000-2003-00630-01(0802-10)

20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad. De su aplicación exceptúa tres casos: 1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad. 3-) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Se destaca que esta ley en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968; y en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 en los artículos 1º y 25 de la Ley 33 de 1985. Para obtener la pensión de jubilación, entre otros, dichos preceptos exigían: el literal b del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 tener 50 años, con 20 años de servicio y el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 tener 50 años de edad las mujeres o 55 años los hombres y 20 de servicios continuos o discontinuos.55

Y en cuanto a los FACTORES PENSIONALES éstos fueron determinados en la Ley 62 /85, que subrogó en lo pertinente la citada Ley 33.

La Ley 91 de diciembre 29 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, publicada el 29 de diciembre en el Diario Oficial No. 39124, dispone: (...)

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la PENSIÓN DE GRACIA, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión continuará reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

La Ley 91 de 1989 comprende muchos mandatos; entre ellos se destacan para el caso: A.) En su art. 1º, entre otros, contempla los DOCENTES TERRITORIALES y señala como tales a quienes fueron nombrados antes de enero 1º de 1976 sin el cumplimiento del requisito del art. 10 de la Ley 43 de 1975, que se refiere a los designados por fuera de las plantas de personal allí determinadas, lo cual es entendible frente a la nacionalización educativa consagrada en la Ley 43 de 1975. Pero, se anota que también se han tenido como tales, inicialmente, a los educadores vinculados a los ENTES TERRITORIALES antes de la nacionalización educativa (que luego se convirtieron en nacionalizados) y, ahora, después de ésta, a quienes fueron nombrados por las autoridades territoriales por fuera de las plantas de personal aprobadas por la Nación y que pagaban con fondos de los F. E. R., por lo que las obligaciones surgidas de ellos corrieron a cargo de las entidades locales.

B.- En su artículo 15, estableció NORMAS PRESTACIONALES para los docentes, así : -) Para los DOCENTES NACIONALIZADOS que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, en el artículo 15, numeral 1º, se dispone que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las

normas vigentes; ahora, éstas solo pueden ser las LEGALES por mandato constitucional y, se anota que en materia de pensión de jubilación (ordinaria) antes de esta ley dichos docentes se encontraban bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, con la transición en edad pensional que allí se consagra exceptivamente. -) Para los DOCENTES NACIONALES y los que se vinculen a partir de enero 1º /90, en el párrafo 2º del núm. 1º del citado art. 15, manda que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales están los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. No puede pasar desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional.

(...)

-) LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO. Los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, se les reconocerá sólo una pensión de jubilación, bajo el régimen -que se entiende "general u ordinario"- de pensionados del sector público nacional (Art. 15, Num.2, lit.b). Se indica que esta pensión estuvo regulada, entre otras, en el art. 17 de la Ley 6ª /45, el art. 27 del D. L. 3135 /68 que luego fue derogado por el artículo 25 de la Ley 33 del 29 de enero de 1985 y el art. 1º y concordantes de la precitada Ley 33.

En cuando a este último grupo (del art. 2-B del art. 15) se tiene que para los DOCENTES NACIONALES la Ley 91 de 1989 no varió la edad de jubilación, pues ellos continuaron adquiriendo el derecho de jubilación con 20 años de servicio y 55 de edad, en virtud de la Ley 33 de 1985, norma que mantuvo su vigencia, salvo el caso de la transición en edad pensional del párrafo 2º de su art. 10., ó que hubieren cumplido sus requisitos pensionales bajo el imperio de la legislación anterior; ahora, los DOCENTES NACIONALIZADOS (que ingresaron a partir de enero 1º /81) la Ley 91 /89 – art.2-b- dispuso que sólo tendrán una pensión de jubilación (ya no tienen derecho a la pensión de jubilación gracia) la cual se entiende "ordinaria" por estar sometida al régimen general de los pensionados del sector público nacional que para 1989 estaba consagrado en la Ley 33 /85 en materia pensional y que determinaba su edad pensional en 55 años, salvo la transición en edad pensional ya citada; por último, los DOCENTES VINCULADOS A PARTIR DE ENERO 1º /90 su régimen pensional es el mismo de los anteriores docentes nacionalizados mencionado.

De otra parte y a contrario sensu, se entiende que ESTA CLASE DE PENSION, para los vinculados "antes" de las fechas señaladas en la ley, aparece consagrada en los regímenes pensionales generales u ordinarios ya sea de la Ley 6ª/45, D.L. 3135/68, D.L. 1045 /78 o la Ley 33/85, cuya aplicación depende de las circunstancias de cada caso".

La Ley 60 de agosto 12 de 1993, sobre FINANCIACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA EDUCACIÓN ESTATAL, publicada el 12 de agosto de 1993 en el Diario Oficial No. 40987, establece:

"Art. 6

...

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 ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, municipal y distrital, será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ..."

La Ley 60 de 1993, dispone 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 ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. De otra parte, en cuanto a los DOCENTES TERRITORIALES, dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, y que se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de régimen "ordinario", como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la Ley pensional "ordinaria" pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100/93".

Así, los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, respecto a prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen que venía aplicándoseles en la respectiva entidad territorial, de acuerdo a las normas vigentes, esto es, Ley 33 de 1985; asimismo, tanto para nacionales y nacionalizados que se hayan vinculado a partir del 1 de enero de 1981 y para quienes se nombren a partir del 1 de enero de 1990, se reconocerá una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y gozaran del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

Por su parte, la Ley 812 de 2003, en su artículo 81 reitera la aplicación de la normativa vigente anterior relacionada con la regulación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, al señalar:

"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 tendrá 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 hombre y mujeres”.

De suerte, que con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó la aplicabilidad de un nuevo régimen prestacional y pensional respecto docentes oficiales, dependiendo de la fecha de su vinculación, teniendo como referencia la entrada en vigencia de ésta disposición¹¹, consagrado en las Leyes 100 y 797 de 2003.

Por manera que régimen pensional aplicable a los docentes de carácter oficial, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que el mismo habrá de determinarse con relación a la fecha de vinculación al servicio de la educación, más no teniendo como referencia la adquisición del estatus.

Ahora bien, frente a los factores salariales a incluir para efectos de determinar el monto pensional, es menester precisar que en ello, con fundamento en la aplicación de la sub reglas creadas por el H. Consejo de Estado, cuando de aplicar la Ley 33 de 1985 se trata, en el mismo, la entidad gestora debe considerar y tener como tales, todos aquellos que han sido devengados por pensionado, cuando se encontraba en servicio activo, con la salvedad que sobre aquellos que no se hizo aporte al sistema, se puede realizar el respectivo descuento.

Ello, por cuanto la pensión de jubilación regulada por la ley 33 de 1985 se liquida en cuantía del 75%, del promedio de los factores salariales y prestaciones percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes, pero si existieran factores sobre los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizara el descuento a que haya lugar.

Recordemos que el actor, persigue la reliquidación de su derecho, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y que su reconocimiento pensional, tal como líneas antes se estableció, se rige por la ley 33 de 1985,

¹¹ 27 de junio de 2003. Diario Oficial No. 45.231

la cual en materia de factores se definió en lo estipulado por la ley 62 de 1985.

La norma en comento consagró:

ARTÍCULO 10. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (subrayado del despacho).

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”.

No obstante, como se indicó en líneas anteriores, el Consejo de Estado, ha sido unánime en señalar que los factores salariales mencionados en la ley 62 de 1985, no son taxativos sino meramente enunciativos, de tal suerte, que la liquidación de la pensión de jubilación o vejez se debe efectuar con base en todos los factores salariales devengados por el servidor público, sin tener en cuenta, si aparecen enlistados en la ley 62 de 1985 o sí sobre ellos se realizaron descuentos con destino a las entidades de previsión social.

Ello, en virtud del principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social y de favorabilidad en la aplicación de las normas laborales, dentro de las cuales se cuenta las normas sobre seguridad social en pensiones.

En efecto, en sentencia de unificación jurisprudencial del 4 de agosto de 2010 y que este Despacho en el presente proveído acoge en su integridad dado, el imperativo de atenerse al precedente judicial dictado por la Sala Plena de la Sección II de nuestro máximo órgano colegiado, se señaló:

"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 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. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma

anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. Den la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, **se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aun así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.** (Negritillas fuera del texto)

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. 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.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, 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.

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."¹²

Y, al resolver un caso de supuesto fácticos similares al que nos convoca, esto es, reliquidación de pensión de docentes por no inclusión de factores salariales, la Sección Segunda Subsección B, en proveído del 27 de enero de 2011, acogió la tesis expuesta por la Sala Plena y, concluyó que deben tenerse en cuenta al momento de liquidar la pensión de los docentes, todos aquellos factores que constituyan salario.

Expuso la Subsección¹³:

"El artículo 3 de la Ley 33 de 1985 estableció los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes con el siguiente tenor literal:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el artículo anterior la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trata de empleados del orden nacional:

- Asignación básica
- Gastos de representación
- Prima técnica
- Dominicales y feriados
- Horas extras
- Bonificación por servicios prestados
- Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidará sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

"Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

¹² Sentencia del 4 de agosto de 2010, Consejo de Estado Sección Segunda Sala Plena, expediente No. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09). CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila

¹³ Sentencia del 27 de enero de 2011, expediente No. 08001-23-31-000-2007-00112-01(0045-09). C. de E. Sección II Subsección B. CP. Bertha Lucia Ramírez.

En relación con la inclusión de los factores para efectos de fijar 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, Exp. No. 0112-09, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la que se concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa por las siguientes razones:

"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 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.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó¹⁴:

"Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación..".
...".

Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le incluyan en su liquidación de la mesada pensional los factores devengados durante el año anterior al que adquirió el status pensional, esto es el primero de julio de 2004"

Así, acorde con la línea jurisprudencial vigente para liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes a quienes se les aplique la Ley 33 de 1985, la misma se debe reconocer en porcentaje o con una tasa de remplazo del 75% sobre todas las sumas que constituyan salario devengadas en el año anterior a que se adquirió el status pensional.

2.2.3. EL CASO CONCRETO.

Recapitulando, la parte actora pretende la reliquidación de su pensión de jubilación porque en la misma no fueron incluidos todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus, pretensión como se vio en los antecedentes, a la cual accedió el *A quo*, con excepción de inclusión como factor salarial de la prima semestral.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 9 de julio de 2009, Ref: Expediente No. (0208-2007). Nota de la cita.

Contra la anterior, decisión se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, considerando que no tenía derecho la actora a la reliquidación solicitada y ordenada en la sentencia de primera instancia.

• **ANALISIS DE LA SALA:**

Revisado el plenario estima la Sala que la sentencia objeto de apelación, deberá ser confirmada por las siguientes razones:

Se encuentra debidamente probado que la Señora GLADYS JUDITH SAN JUAN PACHECO nació el 17 de abril de 1951 y prestó sus servicios como docente nacionalizada durante más de 20 años. (fol. 21 a 23 del C. Ppal), razón por la cual la entidad demandada mediante Resolución No. 0151 de 25 de agosto de 2006, le reconoció la pensión de jubilación, adquiriendo su estatus de pensionada el 17 de abril de 2006.

De igual forma está demostrado que su ingreso al servicio público educativo se dio el 5 de febrero de 1975¹⁵, esto es, antes de la expedición de la Ley 91 de 1989 y la Ley 812 de 2003, razón por la cual, las normas aplicables en materia pensional, vienen dadas por la Ley 33 de 1985, tal como se evidencia en el acto administrativo que le reconoce la pensión

Igualmente, es un hecho cierto que le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en calidad de docente nacionalizada, a partir del 18 de abril de 2006, y que para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta solo el sueldo promedio del último año de servicio en la fecha que adquirió el estatus, tal como consta en el mismo acto administrativo que le reconoce su derecho (Fol. 21 C. Principal).

Teniendo en cuenta, el régimen aplicable, y la interpretación frente al tema de factores salariales citado en acápite anterior, a la actora le asiste derecho a que le sean incluidos como tales, todos aquellos devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, los cuales en este caso, conforme al certificado de salarios¹⁶ corresponde a asignación básica mensual, prima de alimentación, prima vacacional, prima de navidad; de los

¹⁵ Folio 23 C-1.

¹⁶ Folios 22 C-1-

cuales en el acto que le reconoce la pensión de jubilación, Resolución 0151 de 2006 solo se le consideró la asignación básica mensual.

En tal sentido, al incluirse solo como factor salarial, la asignación básica mensual, se dejaron por fuera, la prima vacacional, prima de navidad, la prima de alimentación, devengados dentro del último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionado, lo cual es contrario a las premisas normativas y jurisprudenciales trazadas por esta Sala en acápite previo y en atención al régimen que gobierna la liquidación de su derecho pensional, con la salvedad de la prima semestral, que como bien se determinó por el *A quo* no debe ser tomada, por haber sido declarada la nula la Ordenanza que sustentaba su reconocimiento y pago por parte del Tribunal Administrativo de Sucre, en sentencia del 22 de mayo de 2008.

En otras palabras, esta Corporación considera que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en su calidad de entidad demandada en este proceso, transgredió las Leyes 33 y 62 de 1985, así mismo los artículos 13, 53 y 230 superiores, por inadecuada aplicación, tal como se desprende del texto mismo del acto administrativo demandado, por lo que habrá de **confirmarse** la sentencia objeto de impugnación.

2.4. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P.

En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia apelada, según lo expuesto en los considerandos de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala, conforme consta en Acta No.82 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL AROGTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA

Ausente con permiso.