



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

Sincelejo, veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017)

### **SALA TERCERA DE DECISIÓN**

**Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas**

**REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**  
**M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**  
**RADICADO: 70-001-33-33-006-2014-000236-01**  
**DEMANDANTE: JOSÉ BERNARDO PUELLO VILLA**  
**DEMANDADO: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-  
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES  
SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

### **OBJETO DE LA DECISIÓN**

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2016 por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda.

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1. LA DEMANDA<sup>1</sup>**

El señor **JOSÉ BERNARDO PUELLO VILLA** por conducto de apoderado judicial formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, **solicitando** que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 223 de 27 de abril de 2006, la cual reconoció el pago de una pensión de jubilación, pero sin inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor el año anterior a la fecha en la cual adquirió su estatus pensional.

---

<sup>1</sup> Fol. 1-6 C. Primera Instancia.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demanda a reliquidar y pagar al demandante la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales, tales como prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, sobresueldo, horas extras, devengados en el año inmediatamente anterior a la causación del derecho.

Asimismo, pide que la condena impuesta sea indexada conforme al índice de precios al consumidor según lo establecido en el artículo 187 de la ley 1437 y se condene en costas y gastos a la entidad demandada.

Como **fundamentos fácticos**, en la demanda se relató que, al señor José Bernardo Puello Villa, en su calidad de docente de profesión, la entidad demandada reconoció pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución No. 223 del 27 de abril de 2006, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre, en representación de la Nación- Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Para establecer la mesada de dicha resolución, no se incluyeron todos los factores salariales que percibió el demandante durante el año anterior a la fecha en que adquirió el derecho pensional, como la prima de navidad, prima vacacional, prima de alimentación, prima semestral, sobresueldo, horas extras y demás emolumentos que habitualmente percibía como retribución por sus servicios como docente.

En las **normas violadas y concepto de violación**, se expresó que se vulneró la ley 91 de 1989, art.15, por cuanto el demandante es docente nacionalizado, vinculado al Fondo de Prestaciones, que inició labores el 5 de abril de 1979, en consecuencia para efectos de reconocimiento y reliquidación de sus prestaciones económicas mantiene el régimen prestacional que ha venido disfrutando de acuerdo con la normatividad vigente, esto es Ley 33 de 1985, que en el art. 1 prevé que las pensiones serán liquidadas sobre los mismos factores que hubiere servido para calcular aportes.

Se manifestó que la pensión del demandante fue reconocida al tenor de la ley 33 de 1985, por lo que se hace indispensable la aplicación de los factores salariales señalados en el art. 1 de la ley 62 de 1985, debiendo en

consecuencia reconocer, además de la asignación básica mensual, todos los factores que constituyen salario, entendido, como las sumas que periódicamente recibe el servidor como retribución de sus servicios.

## **1.2 ACTUACION PROCESAL**

- La demanda fue presentada el 27 de octubre de 2014 (Folio 1-6 C. principal), siendo admitida el 17 de marzo de 2015 (Folio 18 C. Principal).
- El auto admisorio se notificó a las partes el 23 de abril de 2015 (Folio 23 y 34 C. Principal) y fue contestada la demanda el 5 de julio de 2015 (Folio 35 -50)
- La audiencia inicial se celebró el 18 de octubre de 2016 (Folio 88 y 90 C. Principal). Audiencia de prueba: se prescindió del término probatorio y se dictó sentencia de primera instancia condenatoria el 19 de diciembre de 2016 (Folio 109-116 C. Principal, siendo apelada por la parte demandada el 11 de enero de 2017(Folio 120-134).
- El 10 de febrero de 2017 se realizó audiencia de conciliación del inciso cuarto del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, la cual fue declarada fallida por ausencia de ánimo conciliatorio, misma actuación en la cual se dictó auto concediendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>**

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda fundamentándose en que estas carecen de fundamento jurídico.

Adujo la entidad demandada que la liquidación de la pensión del actor se realizó con fundamento en la Ley 33 de 1985 y en la Ley 62 de 1985, razón por la cual, los factores que se pretende hoy incluir en la base liquidación están excluidos por dicha regulación, tales prima de alimentación, vacaciones navidad al no estar contempladas en el listado del artículo 1º de dicha norma.

---

<sup>2</sup> Fol. 35 a 50 C. Ppal.

Agregó que de conformidad con lo expuesto en la Ley 91 de 1989, la Ley 812 de 2003, el Decreto 3261 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003, norma vigente para el reconocimiento del derecho pensional del actor, la prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores que deben tenerse en cuenta son la asignación básica mensual y el sobresueldo., razón por la cual los actos administrativos no violan la normatividad vigente y por tanto se debe mantener su legalidad, negando las pretensiones de la demanda.

De igual manera solicitó que con base al principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones elevado a canon constitucional por el acto legislativo No. 01 de 2005, que en el evento de ser condenados, se determine la actuación a valor presente, del pago que debe realizar el docente por los factores por los cuales nunca se efectuó la cotización durante la relación laboral.

Formulando las siguientes excepciones: **(i)** inexistencia del derecho por errónea interpretación de la rama ;**(ii)** cobro de lo no debido; **(iii)** buena fe; **(iv)** prescripción de derechos; **(v)** compensación;**(vi)** excepción genérica o innominada.

#### **1.4 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA APELADA<sup>3</sup>.**

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, dictó sentencia el 19 de diciembre de 2016, declarando la nulidad parcial de la Resolución enjuiciada y condenando a la parte demandada a reliquidar la pensión vitalicia de jubilación del actor, teniendo en cuenta los factores salariales devengados por este en el último año de servicios. Asimismo, declaró que al actor le prescribió el derecho a recibir el pago del reajuste de las mesadas causadas antes del 27 de octubre de 2011.

En su argumento, el A quo expuso que el demandante se vinculó al servicio educativo en el mes de abril de 1979, por ello parta efectos pensionales le era aplicable 91 de 1989 que en su artículo 15 remite a la Ley 33 de 1985 en su artículo 1, agregando que frente al tema de factores salariales de debe estar a la postura esgrimida por el H. Consejo de Estado, según la

---

<sup>3</sup> Fols. 109-116 C. Ppal.

cual se deben incluir todos aquellos que sea recibidos por el empleado durante el último año de servicios.

En orden de lo anterior, señaló que el demandante prestó sus servicios de manera continua al Departamento de Sucre desde el 5 de abril de 1979, y por más de 20 años, aludiendo su estado de docente Nacionalizado, este mismo nació el 20 de agosto de 1950, por tanto cumplió 55 años de edad el 20 de agosto de 2005, por lo cual este mismo día adquirió el derecho pensional, ya que se encontraba afiliado al FOMAG.

Encontró acreditado que al momento de realizar el respectivo reconocimiento a la pensión vitalicia de jubilación, en la Resolución No. 223 de 2006 para determinar la mesada de la pensión se tuvo en cuenta la asignación y sobresueldo, más no se incluyeron la prima de navidad, prima vacacional y prima de alimentación, los cuales son elementos para conformar la mesada pensional del actor, pues fueron percibidos durante el año anterior a la causación del estatus (2004-2005).

En razón de lo anterior, concluyó le asiste el derecho al demandante a la reliquidación pretendida con inclusión de dichos factores (prima de navidad, prima vacacional y prima de alimentación), autorizando a la entidad a hacer las deducciones o descuentos sobre los valores que no fueron objeto de aportes. Por último, condenó en costas a la entidad demandada.

### **1.5 EL RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>**

La parte demandada inconforme con la sentencia de primera instancia presentó recurso de apelación solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, porque la decisión tomada por el juez de primera instancia no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se reconozca la liquidación de la pensión de jubilación al demandante; toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral, citando los siguientes Decretos: Decretos 451 de 1984; Decreto ley 1042 de 1978; ley 91 de 1989.

Señaló que el **Decreto 451 de 1984:** excluye de manera expresa la aplicación del mismo al personal de los distintos organismos de la Rama

---

<sup>4</sup> Fls. 120 a 134 C. Ppal.

Ejecutiva. Artículo 4º, las normas de este decreto no se aplicaran. 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.

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 parágrafo 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 parágrafo 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.

## **1.6. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.**

En auto del 15 de marzo de 2017 se admitió el recurso de apelación. Posteriormente en providencia del 28 de abril 2017 por considerar innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, se dispuso correr traslado para que las partes presentaran alegatos por escrito y concepto del Ministerio Público<sup>5</sup>.

En la etapa de alegatos, solo se pronuncia la **parte demandada** en escrito visible a folios 17 a 21 del cuaderno de segunda instancia, señalando que la normatividad que invoca el actor como fundamento de su pretensiones inaplicable a su caso particular, pues de conformidad con la Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985 y Ley 62 de 1985 la pensión se debe liquidar sobre aquellos factores sobre los cuales se realizaron aportes, los cuales para los docentes vienen dados por Decreto 2341 de 2003 reglamentario de la Ley 812 de 2003 que remite al Decreto 1158 de 1994, dentro de los cuales para los educadores solo se incluye la asignación básica mensual y las horas extras.

Reitera lo expresado en la contestación de la demanda referido a que el demandante adquirió el derecho cuando se encontraba vigente el artículo 3º del Decreto 3752 de 2003, razón por la cual, insiste en la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

El representante del **Ministerio Público** ante esta Corporación no emitió concepto<sup>6</sup>.

## **2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **2.1 LA COMPETENCIA.**

El Tribunal es competente para resolver en segunda instancia el recurso de apelación según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A de la Ley 1437 de 2011.

---

<sup>5</sup> Folios 1- 10 del cuaderno de segunda instancia. Asimismo, constancia Secretarial a folio 16.

<sup>6</sup> Nota Secretarial Folio 22 cuaderno de segunda instancia

## **2.2 ACTO ADEMINISTRATIVO DEMANDADO.**

Se demandó la nulidad parcial de la Resolución No. 0223 del 27 de abril de 2006 por medio de la cual se reconoció pensión vitalicia de jubilación al señor JOSE BERNARDO PUELLO VILLA, a partir del 21 de agosto de 2005<sup>7</sup>, la cual fue expedida por el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

## **2.3 PROBLEMA JURÍDICO.**

En aras de establecer la prosperidad del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, debe el Tribunal establecer, si *¿le asiste derecho al señor JOSÉ BERNARDO PUELLO VILLA*, a obtener la reliquidación de la pensión de jubilación que como Docente le fue reconocida a través de la Resolución 0223 del 27 de abril de 2005, porque no se incluyeron todos los factores salariales por ella devengados, correspondientes al año inmediatamente anterior a la adquisición del Estatus de pensionado?

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

### **I. REGIMEN 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 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*

---

<sup>7</sup> Folios 8-9 Cuaderno de primera instancia.

*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"*

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”<sup>8</sup>*

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.*

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: VICTOR 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)

*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 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.<sup>55</sup>*

*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 de 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 parágrafo 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"

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 la actora, 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, 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; aún 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.** (Negrillas 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 cambiando 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.”<sup>9</sup>*

---

<sup>9</sup> 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

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 Subsección<sup>10</sup>:

*"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".*

---

<sup>10</sup> 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, precisó<sup>11</sup>:*

*"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"*

Frente a la aplicación de la tesis expuesta y que este Tribunal acoge, en sentencia del 17 de marzo de 2017, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, se reitera en su precedente judicial frente al tema de factores salariales de pensiones que se reconocen con fundamento en la Ley 33 de 1985, señalando:

*"De lo relatado anteriormente, se vislumbra sin hesitación alguna que el ingreso (salario) base de liquidación en materia pensional se debe efectuar sobre lo realmente devengado, y también una de las obligaciones, es cotizar durante la vida laboral y hacer los correspondientes descuentos sobre todo*

---

<sup>11</sup> 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.

*lo que constituye salario o ingreso. Se reitera salario es: todas las sumas que **habitual y periódicamente** recibe el empleado como retribución por sus servicios, se debe cotizar sobre lo realmente percibo y liquidar las prestaciones sociales sobre todo lo devengado.*

*Así, la omisión del empleador al efectuar los descuentos, no puede afectar el derecho pensional, de la parte más débil de la relación laboral, pues es su obligación hacerlo, sobre el salario realmente devengado, como ha quedado establecido; de esa manera contribuir no sólo con la efectividad de los derechos fundamentales del pensionado, en condiciones dignas, sino con el equilibrio de las finanzas públicas y el bienestar general.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el fallo apelado es evidente que A-quo hizo una interpretación favorable y armoniosa de los fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables, habida cuenta que si bien ordenó incluir en el ingreso base de liquidación de la pensión del demandante, los valores correspondientes al subsidio de alimentación, viáticos, prima de servicios de junio, prima de servicios de diciembre, prima de navidad y prima de vacaciones, factores acreditados en el proceso como realmente devengados en el último año de servicios, por el titular del derecho, también ordenó efectuar los correspondientes descuentos sobre los mismos en caso de que se hubiere omitido. Lo anterior resulta coherente con la tesis dominante que sentó esta corporación y que plasmó en la sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010<sup>12</sup> y subsiguientes.*

*Por lo esbozado, la Sala no comparte el argumento del apelante en el sentido que la sentencia del A-quo, desconoce la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional, no solo por lo anotado en precedencia, sino también, porque si bien es cierto la sentencia en mención y otras como la SU-230-15 y T-615-16, pretende romper la tesis dominante en esta jurisdicción, no lo es menos que en la sentencia del 17 de febrero de 2017<sup>13</sup> esta Corporación reiteró la tesis sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010 y concluyó que la tesis de la sentencia C-258-13 de la Corte Constitucional se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural, que extendió con la sentencia SU-530-15 y T-615-16, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición, pero que de aplicarse de tajo a todos los regímenes generales, es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad y compromete los derechos fundamentales del pensionado.*

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Radicado. 2006-07509 (0112-2009), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

<sup>13</sup> Radicado: 250002342000201301541 01 C.P. César Palomino Cortés-

*En esa oportunidad, esta Corporación, detectó, además, que en realidad de verdad el problema trasciende a la mera interpretación de los componente del régimen de transición, y de los régimen pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993; pues es estructural, radica en la noción de salario y la tendencia de adoptar como política pública una posición restrictiva del mismo con el argumento de la estabilidad de las finanzas estatales, lo que no es nuevo, sino que remonta a los años ochenta.*

*Adicionalmente, esta Corporación en sentencia del 26 de noviembre de 2016<sup>14</sup>, extendió, los efectos de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, en el proceso radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01 (0112-2009). En esa oportunidad, expresamente reafirmó de manera categórica que «cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad (principio de inescindibilidad), sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho». Igualmente, expuso las razones por las cuales, la particular interpretación de la sentencia C-230-15, no obliga a las demás Cortes de Cierre”<sup>15</sup>*

Así, acorde con la línea jurisprudencial vigente para liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, se tiene que, la pensión de jubilación 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, siendo claros en señalar que sobre aquellos elementos salariales sobre los cuales no se realizaron aportes, dichos valores podrán ser descontados por la entidad gestora.

## **II. 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, tales como prima de navidad, prima de vacaciones y prima de alimentación, pretensión que como se vio en los antecedentes, a la cual accedió el A quo.

---

<sup>14</sup>Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2016. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO Sección Segunda Subsección B. Expediente No. 68001-23-31-000-2011-00949-01(2237-14) Actor: ARNULFO CHAPARRO MARCHÁN. C. P. César Palomino Cortés

- **ANALISIS DE LA SALA:**

Bajo las premisas sentadas por esta Sala previamente y una vez revisado el expediente, la sentencia objeto de apelación, deberá ser confirmada por las siguientes razones:

Está probado que el señor **JOSÉ BERNARNO VILLA**, nació el 20 de agosto de 1950 y por lo tanto cumplió 55 de edad el 20 de agosto de 2005. De igual forma que prestó sus servicios como docente nacionalizado durante más de 20 años, desde el 5 de abril de 1979, circunstancia que dicho sea de paso, no fue objeto de discusión por las partes en el proceso.

Como quiera que la fecha de vinculación del actor como Docente al servicio educativo estatal, fue antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985, tal como se plasma en la Resolución No. 0223 de 27 de abril de 2006, acto administrativo el cual le reconoció la pensión vitalicia de jubilación del señor **JOSÉ BERNARDO VILLA**, por parte de la entidad demandada.

Acorde con la línea jurisprudencial vigente, para liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, en casos como que él nos convoca se tiene que, la pensión de jubilación 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, siendo claros en señalar que sobre aquellos elementos salariales sobre los cuales no se realizaron aportes, dichos valores podrán ser descontados por la entidad gestora.

De conformidad con el certificado de salarios obrante a folio 10, en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado (2004-2005) el actor en su condición de Docente devengó como factores salariales, la asignación básica mensual, el sobresueldo, prima de alimentación, prima vacacional y prima de navidad.

Confrontado la anterior documental con la Resolución 0223 del 27 de abril de 2006, se aprecia que la entidad demandada al reconocer y liquidar la pensión de jubilación del actor, solo tomó como factores salariales, la asignación básica mensual y el sobresueldo, no siendo incluidos, la prima

de alimentación, prima vacacional y prima de navidad, los cuales como se apreció en las premisas jurisprudenciales y normativas debieron ser considerados como elementos para determinar el monto de la pensión del demandante.

En ese orden, 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 CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

### **3. DECISIÓN:**

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

#### **FALLA:**

**PRIMERO: CONFÍRMESE** la sentencia apelada, esto es la proferida el 19 de diciembre de 2016 por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo. Por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 102.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los magistrados**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**