



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICACIÓN: 70-001-33-33-009-2015-00147-01
DEMANDANTE: MERCEDES ISABEL COLÓN TORRES
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 31 de agosto de 2016¹, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo Sucre, dentro de la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió la señora **MERCEDES ISABEL COLÓN TORRES** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**².

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA³.

La señora MERCEDES ISABEL COLÓN TORRES, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita en sede judicial, que se declare la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos: Resolución No. 0247 del 3 de julio de 2004 por medio del cual se reconoció el pago de una pensión vitalicia de jubilación; de la Resolución No. 0866 del 28 de julio de 2014, que reconoció la reliquidación, por retiro definitivo de la pensión de jubilación de la accionante y finalmente de la Resolución No. 1387 del 10 de diciembre del 2014, en la que se aclaró la resolución No. 0866 del 28 de julio de 2014.

¹ Fol.111 117 C.Ppal.

² En adelante FNPSM O FOMAG.

³ Fol.1-17 C. Ppal.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la Nación – Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, debe reconocer y pagar a MERCEDES ISABEL COLON TORRRES con cedula de ciudadanía N°.33.171.399 pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales que devengo durante el año anterior al status de pensionado.

Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011, así mismo que se realice la correspondiente indexación de conformidad con el IPC y se ordene el pago de agencias en derecho, gastos y costas procesales a los demandados.

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

La señora MERCEDES ISABEL COLÓN TORRES, nació el 22 de marzo de 1949 y prestó sus servicios como Docente Nacionalizado durante más de 20 años, por lo que mediante Resolución N.0247 del 3 de julio de 2014, se le reconoció pensión de jubilación efectiva a partir del 23 de marzo de 2004, en cuantía de \$599.562.00.

A través de Resolución N. 0866 del 28 de julio de 2014, se reliquidó la pensión de jubilación por retiro definitivo efectiva a partir del 24 de abril de 2014, en cuantía de \$959.058.00.

Que mediante Resolución N° 1387 del 10 de diciembre de 2014, se aclaró la resolución N° 0866 del 28 de julio de 2014, en el sentido de indicar la fecha correcta de la efectividad es a partir del 7 de abril del 2014.

Refiere que, tal pensión es pagada por intermedio de FIDUPREVISORA S.A, entidad fiduciaria encargada de manejar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme al contrato de fiducia suscrito el 21 de junio de 1990 con el Ministerio de Educación Nacional.

Expresa que, 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, la prima de alimentación y la prima de grado.

En la demanda se señalan como normas violadas los artículos arts.1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228, 336 de la Constitución Política, Ley 4 de 1992, artículo 2º, literal a), Ley 812 de 2003, Ley 91 de 1989, Decreto Ley 2277 de 1979, Ley 115 de

1994, señalando que a la actora se le debe reconocer la pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales (prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación y la prima de grado), aplicando la Ley 91 de 1989, artículo 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: 03 de julio de 2015 (Folio 18 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 11 de agosto 2015 (Folio 52 C. Principal).
- Notificación a las partes: 12 de agosto de 2015 (Folio 53 C. Principal).
- Contestación a la demanda: No se allegó escrito de contestación de la demanda (Folio 70 C. Principal).
- Audiencia inicial: 05 de mayo de 2016 (Folio 77 -78 C. Principal).
- Audiencia de Pruebas: 06 de julio de 2016 (Folio 105-106).
- Sentencia de primera instancia: 31 de agosto de 2016 (Folio 111 a 117 C. Principal).
- Recurso de apelación: 15 de septiembre de 2016 (Folio 124 a 138 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 18 de noviembre de 2016 (Folio 143 C. Principal).
- Auto que admite el recurso de apelación: 10 de febrero de 2017 (Folio 4 C. Apelación).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 22 de junio de 2017 (Folio 26 C. Apelación).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Entidad demandada no contestó la demanda en la oportunidad procesal, como consta a folio 70 del C. Ppal.

1.4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, en sentencia del 31 de agosto de 2014, declaró la nulidad parcial de las Resoluciones N°. 0247 de 03 de julio de 2004, resolución N°.1387 del 10 de diciembre del 2014 emanadas de la NACIÓN,

⁴ Fols. 111-117 C. Ppal.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

En pro de lo anterior, expuso que a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 se les aplica el régimen prestacional que venía rigiendo con anterioridad, así mismo que los factores contenidos en la Ley 62 de 1985 como base de liquidación no son taxativos son enunciativos por lo cual es posible calcular el ingreso base de liquidación de conformidad con los factores devengados durante el año anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionado, esto sin perjuicio de que al momento de hacer dicho reconocimiento se hagan los descuentos a que haya lugar.

Expuso que, le asiste razón a la señora COLON TORRES, en la medida en que la entidad demandada omitió a través de los actos acusados, la liquidación de la pensión de jubilación con todos los factores salariales devengados durante el año anterior al 22 de marzo del 2004, fecha en la que adquirió su estatus de pensionada, como son aparte de la asignación básica; la prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional y prima de navidad, factores estos de los cuales se encuentra prueba de haber sido devengados dentro del último año de servicios anterior a la adquisición del status de pensionada (Fol.25 y 84), luego entonces, las súplicas de la demanda están llamadas a ser acogidas.

En cuanto a la excepción de prescripción, precisó que el fenómeno prescriptivo puede ser interrumpido por una sola vez y por un lapso igual, el cual en el caso bajo examen transcurrido a partir del día 03 de julio de 2004, fecha en que se le reconoció a la parte actora su estatus jurídico pensional, según la Resolución N° 0866 en mención, luego, solicitó el ajuste de su pensión mediante escrito el día 27 de mayo de 2014, por lo que, se decretará la prescripción trienal para cancelar los reajustes de las mesadas causadas con anterioridad al 27 de mayo de 2011, pagando sólo como se reitera las posteriores a esta fecha.

Bajo lo anterior, el Juzgado declaró probada la excepción de prescripción respecto a las mesadas causadas con anterioridad al 27 de mayo de 2011, condenó a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar la pensión de jubilación ordinaria reconocida a la señora MERCEDES ISABEL COLON TORRES, incluyendo , además de la asignación básica, la prima de alimentación, prima de grado, prima vacacional y prima de navidad, a partir del 27 de mayo de 2011, estando prescritas las causadas con anterioridad a dicha fecha, la cual deberá ser reajustada anualmente conforme el IPC; de igual forma condenó a la parte demandada a

reconocer y pagar a la demandante, las diferencias surgidas luego de la reliquidación ordenada en la providencia, en las mesadas pensionales causadas desde la fecha en que se concedió su pensión de Jubilación, teniendo en cuenta la prescripción declarada.

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN⁵.

La parte demandada inconforme con la sentencia presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, resaltando algunas normas que regulan lo correspondiente a primas.

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 aplicaran. b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva.

Decreto Ley 1042 de 197: 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.

Ley 91 DE 1989: 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

⁵ Fls. 121-136 C. Ppal.

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.

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

1.5.1. ALEGATOS CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA.

PARTE DEMANDANTE. No presento alegatos de conclusión.

PARTE DEMANDADA. Presentó sus alegatos de conclusión dentro del término legal correspondiente, señalando que los factores salariales para pensión, quedaron establecidos en el Decreto N°. 1045 de 1978. No obstante, mediante la Ley 33 de 1985, (norma posterior) se determinó en su artículo 1º que el pago mensual de la pensión de jubilación de estos servidores, será el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Habida cuenta la calidad de servidores públicos que poseen los docentes y al no estar cobijados por el régimen especial de pensiones tal y como lo ha determinado la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, la cual adicionalmente ha sido suficientemente clara al establecer que, la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las Leyes 6ª de 1945 y 33 de 1985.

En este sentido de aplicación, debemos hacer referencia al artículo 3º de la Ley 33 de 1985 modificado por la Ley 62 de 1985, que a su vez estableció los factores a tener en cuenta para efectos de la base de liquidación de los aportes para las entidades de

previsión, los cuales deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión, indicando que, en todo caso las pensiones de los servidores públicos deben liquidarse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

En consecuencia, las normas aplicables según la calidad ostentada por el docente se encuentran así mismo contempladas en el manual unificado para el reconocimiento de las prestaciones económicas de docentes afiliados al Fondo expedido por el Ministerio de Educación Nacional y aprobado por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio. En los anexos técnicos de las acatas se consagraron los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de las diferentes prestaciones, las normas a aplicar y demás requisitos que a su vez son de obligatorio cumplimiento para las entidades comprometidas en el proceso de reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que para el caso que nos ocupa se trata de las oficinas regionales y la sociedad fiduciaria, esto es, la fiduciaria LA FIDUPREVISORA S.A.

El Decreto 3752 de 2003 en su artículo 3º establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el FNPSM no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente. Indica además que debe tenerse en cuenta como base de cotización los factores consagrados en el decreto 688 de 2002, es decir, sobresueldos de supervisores de educación, directores de núcleo, rectores, vicerrectores, coordinadores, directores de establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar éstos vinculados antes del 23 de febrero de 1984.

En tal sentido, el Decreto 3752 de 2003 modifica los actos en cuanto a los factores salariales se refiere para la liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes como pensiones (jubilación, invalidez, retiro por vejez, reliquidaciones, pensiones post mortem) y auxilios sujetándolos al aporte que efectivamente realice el docente. En consecuencia, las regionales implementan la aplicabilidad del Decreto 3752 de 2003.

Y si bien el artículo del referido decreto fue derogado por el artículo 160 de la Ley 1151 de 2007 estableciendo que a partir del 25 de julio de 2007 la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio se realizará teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, este tipo de situación no se ajusta a al caso objeto de la presente controversia por cuanto al momento en que la demandante adquirió el estatus de pensionado, se encontraba

vigente el artículo 3 del decreto 3752 de 2003 manteniéndose inmodificables estas por ser situaciones jurídicas ya consolidadas y respecto de las cuales la Ley 1151 de 2007 no estableció modificación alguna.

1.5.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. El delegado del Ministerio Público no emitió concepto.

2. 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.

La reconstrucción realizada en los antecedentes, muestran que el problema a desatar por la Sala, estriba en determinar, *si la actora en su condición de docente pensionada, le asiste el derecho a obtener la reliquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida a través de la Resolución No. 0402 del 20 de diciembre de 2006, con la inclusión de todos los factores salariales devengados el año inmediatamente anterior a la causación del derecho pensional.*

2.3. ANALISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

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 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 general⁶

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 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

⁶ 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)

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 parágrafo 2º de su art. 1o., 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 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, la cual en materia de factores se definió en lo estipulado por la ley 62 de 1985.

La norma en comento consagró:

ARTÍCULO 1o. 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 e interpretación 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 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.”⁷

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 Subsección⁸:

“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”.

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

⁷ 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

⁸ 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.

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, precisó⁹:

“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 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 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

⁹ 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.

corporación y que plasmó en la sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010¹⁰ 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 2017¹¹ 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.

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 2016¹², 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 Cierre¹³

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Radicado. 2006-07509 (0112-2009), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹¹ Radicado: 250002342000201301541 01 C.P. César Palomino Cortés-

¹² 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.

¹³ 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. Sobre el tema de factores salariales y Ley 33 de 1985, la SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. en proceso radicado número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13) Actor: LUIS EDUARDO DELGADO Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP), con ponencia del consejero Gabriel Valbuena, al resolver una solicitud de extensión jurisprudencial, en proveído del 24 de noviembre de 2016, manifestó:

"Las tesis plasmadas en las sentencias de unificación proferidas el 4 de agosto de 2010 y del 25 de febrero de 2016 por la Sección Segunda de esta Corporación, se inscriben dentro del sistema de fuentes del derecho y tienen carácter prevalente y vinculante, a la luz de lo dispuesto en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011. (...) (vi).- El régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible, se puede modificar; sin embargo, para no vulnerar derechos adquiridos ni expectativas legítimas y ciertas, el ordenamiento jurídico prevé regímenes de transición. El régimen de transición pensional de todos los servidores públicos y privados es inescindible, contempla beneficios que no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad y no se puede aplicar por partes sino en toda su extensión, so pena de crear un régimen híbrido y atípico. De conformidad con las nítidas voces del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el régimen de transición allí contenido comprende edad, tiempo de servicio y monto de la prestación y, en lo que toca con este último punto, ha considerado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que abarca factores salariales, porcentaje y tiempo a tomar en cuenta para su liquidación. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no contempla el concepto de «tasa de reemplazo», contenido en la sentencia SU 427 de 2016, pero si contempla el de «monto» como elemento constitutivo del régimen de transición. (...) (x).- Aplicar el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado no violenta el principio de la razonabilidad en la prestación, pues, en suma lo que aquel señala es que los derechos salariales y prestacionales conforman una base integral, siendo la pensión de jubilación el reflejo de esa realidad laboral o como lo ha dicho la propia Corte Constitucional el salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo, compuesto por todos los factores que retribuyen sus servicios.

Así, acorde con la línea jurisprudencial y sub regla del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, 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. EL CASO CONCRETO.

Recapitulando, la parte actora pretende la reliquidación de su pensión de jubilación como docente, porque en su reconocimiento no fueron incluidos todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus, pretensión a la que como se vio en los antecedentes, a la cual accedió el *A quo*, declarando probada de oficio la excepción de prescripción respecto a las mesadas causadas con anterioridad al 27 de mayo de 2011.

Revisado el plenario y bajo las premisas decantadas en acápite previo, estima la Sala que la sentencia objeto de apelación será confirmada por las siguientes razones:

EXTENSION DE JURISPRUDENCIA – Reliquidación pensión de jubilación / RELIQUIDACION PENSION DE JUBILACION – Inclusión de todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio / SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL – Cambio de postura / REGIMEN DE TRANSICION – Aplicación de la normatividad correspondiente en su integridad / PRINCIPIO DE INESCIDIBILIDAD – Aplicación en el régimen de transición

Esta Sala de Decisión había adoptado como postura jurisprudencial que « [el] problema jurídico [de la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010] se centró únicamente en determinar los factores [salariales] que debían componer el ingreso base de liquidación, más no el promedio del tiempo para el cálculo del mismo», y que por ende, este último representaba «un nuevo problema jurídico que no [podía] ser resuelto dentro de la solicitud de extensión de jurisprudencia ya que excede su alcance», en esta oportunidad, en aras de dar efectiva aplicación a los principios de igualdad, favorabilidad, progresividad (o no regresividad) en materia laboral, se considera procedente cambiar dicha tesis, y reafirmar 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». Con todo, conviene precisar que el establecimiento de los regímenes de transición obedece al propósito de garantizar la intangibilidad de las expectativas legítimas de quienes se encuentran emplazados en una situación jurídica determinada, con lo cual se quiere evitar que el cambio abrupto del régimen que les era aplicable, acabe defraudando tales expectativas. En ese orden de ideas, quienes se encontraban cobijados por las normas de la Ley 33 de 1985 tenían la expectativa de pensionarse con arreglo a las mismas, en tanto y en cuanto, cumplieran a cabalidad los requisitos en ella previstos, dentro de los cuales no estaba propiamente el de que su prestación (pensión) fuese liquidada tomando en cuenta el promedio de ingresos percibidos en los diez últimos años, sino por el contrario, el promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios. Dicho de otra manera, los regímenes de transición exceptúan de la aplicación, en todo o en parte, del nuevo régimen consagrado en la ley 100 de 1993, más aún, cuando la norma que establece el índice base de liquidación, es una norma a todas luces desfavorable cuya aplicación retroactiva desconocería principios fundantes del derecho laboral”

Se encuentra debidamente probado que la señora MERCEDES ISABEL COLON TORRES, nació el 22 de marzo de 1949 y prestó sus servicios como docente nacionalizado durante más de 20 años (fol.20-21, 26 C.Ppal), además vinculada antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, razones estas por las que goza del régimen prestacional consagrado en la Ley 33 de 1985, tal como se evidencia en el acto administrativo que le reconoce la pensión (fol. 20 a 21 del C. Ppal).

Igualmente, es un hecho cierto que le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional Departamento de Sucre, en calidad de docente nacionalizado, a partir del 23 de marzo de 2004, y para la liquidación de la misma se tuvo en cuenta solo la Asignación Básica Mensual, desconociendo los demás factores salariales como son, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la prima de grado, que fueron devengados por la docente durante el último año de servicios, como se advierte en el certificado de salarios expedido por la Oficina de Recursos Humanos del Departamento de Sucre, obrante a folio 25 del expediente.

Teniendo en cuenta, el régimen aplicable, y la interpretación frente al tema de factores salariales citado en acápite anterior, a la señora Mercedes Colón Torres le asiste derecho a que le sean incluidos en el IBL todos aquellos devengados en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionado, razón por la cual, al liquidar la mesada pensional solo con la asignación básica mensual, es claro que efectivamente los actos administrativos demandados han trasgredido las normas violadas pretendidas por el accionante.

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 se confirmará, como se anticipó, la sentencia objeto de impugnación.

3. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, 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.

4. 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 demandante apelante y a favor de la parte demandada. 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 de Decisión Ordinaria Oral, conforme consta en Acta No. 145 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA