TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

REFERENCIA: **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**
M. DE C. **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
PROCESO: **70-001-33-33-005-2015-00158-01**
DEMANDANTE: **ROSA MARÍA RIVERA ACOSTA**
DEMANDADO: **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FOMAG.**

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2016 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo[1], en la cual se resolvió conceder las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió la señora **ROSA MARÍA RIVERA ACOSTA** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA[2]

La señora ROSA MARÍA RIVERA ACOSTA, por conducto de apoderado judicial, solicita a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 1088 de 28 de noviembre de 2008, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación. Asimismo, pide la nulidad parcial de la resolución Nº 0121 del 6 de marzo de 2009, por la cual se aclaró la resolución anterior.

---

[1] Sentencia dictada dentro de la Audiencia inicial.
[2] Fol. 1-18 C. Ppal.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, pretende, se ordene a la demandada a que reliquide la pensión de jubilación del demandante con inclusión de los factores salariales devengados en el año anterior al status de pensionado; **(iv)** Se pague las diferencias generadas a partir de los intereses moratorios y la indexación a que haya lugar.

En los **fundamentos fácticos de la demanda,** se expresó que:

La señora ROSA MARÍA RIVERA ACOSTA, nació el 26 de mayo de 1950, y que por sus servicios prestados como Docente Nacionalizado durante más de 20 años, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Oficina Regional del Departamento de Sucre, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

Mediante Resolución N° 1088 del 28 de noviembre del 2008, se le reconoció la pensión de jubilación efectiva a partir del 27 de mayo de 2005, en cuantía de $1.191.181.00; la cual, a través de Resolución N° 0121 del 6 de marzo del 2009, fue aclarada, en el sentido de indicar que de la pensión de jubilación se debe descontar el mayor valor pagado por pensión de invalidez desde el 26 de mayo del 2005 hasta el 30 de abril de 2008.

Para la liquidación de la pensión solo se tuvo en cuenta la asignación básica mensual, desconociendo los demás factores salariales como son: la prima de navidad, y la prima de vacaciones.

Como **norma violadas y concepto de violación**, la parte demandante señaló los artículos 1, 2,4,5, 6,13, 23, 25,46,48,53,58, 228 y 336 de la Constitución Política de Colombia; la Ley 4 de 1992, Ley 91 de 1989 y la Ley 812 de 2003; señalando que el acto administrativo demandado vulnera la Ley, porque Colombia está organizado como un Estado Social de Derecho que obliga a las autoridades adelantar sus actuaciones dentro de los términos establecidos en la constitución y la ley, por lo tanto al negar la inclusión de todos los factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación a la demandante, viola estos principios, porque el acto acusado desconoce los derechos que le corresponden a la docente generándose un detrimento profundo de la seguridad jurídica de los educadores.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda por carecer de sustento factico y jurídico necesario para su prosperidad, expresando en su defensa que los actos administrativos demandados se encuentran

acogidos por la presunción de legalidad (artículo 88 de la Ley 1437 de 2011), y la parte accionante no acredita sumariamente que éste haya expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió, razón por la cual, solicita denegar las pretensiones en su totalidad.

Al responder los hechos de la demanda, resalta para la liquidación de la pensión de la accionante se tuvieron en cuenta los factores señalados por la Ley aplicable, por tanto, los factores que aduce la accionante y a que a su juicio debieron tenerse en cuenta no resultan viables conforme al ordenamiento jurídico pertinente.

Propuso como excepciones las siguientes: **a) Inexistencia de la Obligación,** porque **e**l monto o cuantía de la mesada pensional reconocida, y ahora impugnada en sede judicial, ha sido liquidada con arreglo a la normatividad legal y reglamentaria aplicable a los derechos pensionales de la docente demandante. De igual manera, para el efecto, se han atendido las pautas jurisprudenciales vigentes al momento de la expedición del cato administrativo de reconocimiento. **b) Prescripción** de las obligaciones dinerarias que no fueron oportunamente reclamadas dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del derecho pensional. **c) Falta de Legitimación en la causa por pasiva, por ser** la Secretaría de Educación Departamental de Sucre a quien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 le corresponde comparecer al presente proceso con el fin de responder a los cuestionamientos formulados por la señora ROSA MARÍA RIVERA ACOSTA contra el acto administrativo que le reconoció la pensión de jubilación. **d) Excepción genérica o innominada:** solicita al Juzgador Contencioso Administrativo reconocer oficiosamente en la sentencia las excepciones cuyos hechos se encuentren acreditados en el proceso.

1.3 LA SENTENCIA APELADA[3]

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del circuito de Sincelejo, dicta sentencia el 2 de noviembre de 2016, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda y condenando en costas a la parte demandada.

En tal sentido, declaró la nulidad parcial del acto administrativo Resolución N° 01088 del 28 de noviembre de 2008, por lo cual se reconoce y se ordena el pago de una pensión de jubilación, en cuanto solo incluyo en la base de liquidación la asignación básica y dejó de lado todos los factores salariales devengados por la demandante; y

[3] Fols. 94 -100 C. Ppal. Sentencia dictada en audiencia inicial.

seguidamente negó la nulidad de la Resolución Nº 0121 del 06 de marzo de 2009, por la cual se aclara la resolución de fecha 28 de noviembre de 2008.

Consecuente con lo anterior, determinó que a la demandante le asiste el derecho de obtener la reliquidación y pago de su pensión de jubilación, en la que se deberá incluir, además de la asignación básica mensual, los factores salariales que no le fueron incluidos al momento de reconocer dicha pensión, tales como la prima de navidad y la prima vacacional docente 1/12.

En pro de lo anterior, expresó que a la demandante se le reconoció la pensión de jubilación a través de la Resolución No. 1088 del 28 de noviembre de 2008, en cuantía de $1.191.181,00 efectiva a partir del 27 de mayo de 2005, tomándose como factores salariales para su liquidación solamente el valor promedio de la asignación básica mensual.

Expuso que la pensión de jubilación en referencia, fue reconocida entre otras disposiciones conforme a lo dispuesto en la ley 33 de 1985, tal como lo hizo la entidad demandada a través de la resolución Nº 1088 del 28 de noviembre de 2008, donde además invocó la Ley 91/89, Ley 812 de 2003. Sin embargo, erró el demandado al calcular el IBL, ya que desconoció que la liquidación de la pensión debe realizarse con base en lo preceptuado en la Ley 33 y 62 de 1985 que limitó el valor de la pensión al 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios inmediatamente anterior a la fecha en que se causó esta prestación, especialmente cuando ello resulta más favorable para el actor, por tanto, es necesario tener en cuenta para su liquidación los factores enlistados en la Ley 62/85 y los demás que habitualmente perciba la demandante en razón a su servicio, ya que no podría escindirse la norma para tomar lo que fuera más favorable de la otra Ley.

Afirmó que aparecía probado que la demandante durante el año anterior a la adquisición de su status pensional, esto es 26 de mayo de 2004 a 26 de mayo de 2005, devengó además de la asignación básica, los siguientes factores salariales: prima vacacional y prima de navidad.

Bajo lo anterior, considera el A quo que a la demandante sí le asiste el derecho de reliquidación de pensión, quedando desvirtuada parcialmente la legalidad del primer acto acusado, esto es 1088 del 28 de noviembre de 2008, ordenando su reliquidación bajo los parámetros antes enunciados y declarando la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 23 de julio de 2012, como quiera que la interrupción de

la misma, solo se dio con la presentación de la demanda, que lo fue el 23 de julio de 2015.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN[4]

La **parte demandada** presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, solicitando la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que no es viable conforme a la ley que se le reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación a la demandante; toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral, basando dicho argumento en una breve explicación de las normas contenidas en el Decreto 451 de 1984, Decreto 1042 de 1978, Ley 91 de 1989.

También citó para tal efecto, el alcance del fallo de tutela proferido por la H. Corte Constitucional en sentencia T-1066 de 2012, exponiendo que, esa Corporación no reconoció ni negó en ningún momento la prima de servicios, sino que se limitó a afirmar que la interpretación dada por el Tribunal Administrativo del Quindío razonable y motivada. Igualmente, que la interpretación dada por dicho Tribunal tampoco puede ser tomada como la única válida al haber sido estudiada por la Corte Constitucional, toda vez que si bien la corporación judicial consideró su razonabilidad, también sostuvo que "la existencia de diversas interpretaciones en competencia dentro de los operadores jurídicos, que incluso se encuentra en el mismo nivel jerárquico y que comparten la misma especialidad, no es razón suficiente para tomar una decisión judicial, amparada por principio por la presunción de la legalidad y por la autonomía e independencia que caracterizaban la labor de la administración de justicia".

Señaló que de conformidad con las reglas que regulan el Procedimiento Contencioso Administrativo, se ha establecido la facultad de unificación y obligatoriedad de la jurisprudencia sólo en cabeza del Consejo de Estado, siempre y cuando la sentencia sea de aquellas de unificación jurisprudencial, situación que hasta la fecha no se ha presentado para la "prima de servicios de la Ley 91 de 1989". Por lo tanto, si bien los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo del Quindío, en los cuales se reconoce a los docentes la prima de servicios de la Ley 91 de 1989, y se niega la contenida en el Decreto 1042 de 1978, se encuentran reconocidos por la Corte Constitucional como fallos razonables, también gozan de dicha razonabilidad los fallos de otros despachos judiciales que negaron el reconocimiento, con base en el principio de autonomía e independencia judicial.

[4] Fls. 105 a 120 C. Ppal.

Por último afirmó que, es evidente a la luz de las normas que rigen la acción de tutela, que la sentencia de revisión proferida por la Corte Constitucional, no reconoce ni ordena pagar la prima de servicios contenida supuestamente en la Ley 91 de 1989, sino que únicamente resuelve la discusión sobre si procede o no a la tutela contra las sentencias expedidas por el Tribunal Administrativo del Quindío, y que en este caso, la Corte terminó por considerar que no procedía la acción constitucional, toda vez que los fallos del Tribunal Administrativo del Quindío fueron debidamente motivados y razonables dentro de la autonomía de interpretación que pueden realizar los operadores judiciales.

En cuanto a la visión de Ministerio de Educación Nacional sobre el reconocimiento de la "prima de servicios de la Ley 91 de 1989", es necesario resaltar que mantiene la posición expuesta en el concepto remitido a las entidades territoriales y publicado en la página del Ministerio de Educación Nacional.

1.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA[5]

Las partes en esta oportunidad procesal, no presentaron alegatos de segunda instancia[6].

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO[7].

El Delegado del Ministerio Público ante esta Corporación emite concepto solicitando confirmar la sentencia de primera instancia, argumentando que apoyado normativamente en la Ley 33 de 1985, ley 91 de 1989 y en jurisprudencia del Consejo de Estado, que a la docente la asiste derecho a la reliquidación pensional solicitada, por cuando para tasar el ingreso base de liquidación deben considerarse todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y para el caso concreto, la entidad demandada, dejo de incluir la prima de navidad y la prima de vacaciones.

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.

[5] Fol. 20 a 25 C. Apelación.
[6] Nota Secretarial a folio 22 del cuaderno de apelación
[7] Folios 16-21 cuaderno de apelación.

2.1 ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

En el sub júdice, se demandó la nulidad parcial de la Resolución No 1088 de 28 de noviembre de 2008, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación, expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Resolución Nº 0121 del 06 de marzo de 2009, por la cual se aclaró la resolución inicial.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al Tribunal en segunda instancia, determinar si tal como lo consideró el *A-quo,* el acto administrativo demandado a través del cual se reconoció la pensión de jubilación a la docente ROSA MARÍA RIVERA ACOSTA está viciado de nulidad parcial por cuanto no incluyó todos los factores salariales por ella devengados, correspondientes al año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO

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

Es reiterado por la jurisprudencia administrativa, que si bien el Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente, consagraba que los docentes estaban sometidos a un régimen especial, tal especialidad no está referida a la pensión ordinaria 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 disfrutan 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 en autos, que el actor en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el 10 de marzo de 1976, 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"[8]

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

[8] 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)

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 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 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 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 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 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO RADICACIÓN: 70-001-33-33-001-2015-00222-01 Página 12 de 19 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." [9]

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[10]:

[9] 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
[10] 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.

"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 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[11]*:*

"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

[11] 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.

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[12] 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[13] 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 todos 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 estales, lo que no es nuevo, sino que remonta a los años ochenta.

Adicionalmente, esta Corporación en sentencia del 26 de noviembre de 2016[14], 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" [15]

[12] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Radicado. 2006-07509 (0112-2009), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
[13] Radicado: 25000234200020130154 1 01 C.P. César Palomino Cortés
[14] 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
[15] 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

II. DEL 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 año anterior a la causación de su derecho pensional, tales como prima de navidad y prima de vacaciones, a lo cual accedió el A quo.

A la demandante se le reconoció una pensión vitalicia de jubilación a través de la Resolución No. 1088 de 28 de noviembre de 2008, por cumplir los requisitos de tiempo de servicios y edad, para el efecto.

Está confirmado procesalmente en el expediente y no fue objeto de discusión por las partes, que la demandante nació el 26 de mayo de 1950 y que ingresó al servicio público educativo como docente[16], el 07 de abril de 1980 hasta el 26 de mayo de 2005, y adquirió sus status de pensionada el 26 de mayo de 2005.

Como quiera que la fecha de vinculación inicial 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, en virtud de la remisión consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

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 artículo 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

[16] Así se expresa en el acto de reconocimiento pensional a folio 20-21 del cuaderno de primera instancia.

Acorde con la línea jurisprudencial vigente en casos como el que nos convoca, para liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, la misma se debe reconocer en porcentaje o con una tasa de remplazo del 75% sobre todas las sumas que constituyan salario devengadas en el año anterior a que se adquirió el estatus pensional o del retiro del servicio, dependiendo cual sea la pretensión aducida; siendo claros en señalar que sobre aquellos elementos salariales sobre los cuales no se realizaron aportes, podrán ser descontados por la entidad gestora, los valores que por dicho efecto se generen.

De conformidad con el certificado de salarios obrante a folio 23, el demandante en su condición de docente devengó en el último año de servicios, como factores salariales, la asignación básica mensual, la prima vacacional docente 1/12 y la prima de navidad.

Confrontada la documental visible a folio 23 con el acto de reconocimiento pensional (Resolución No. 1088 del 28 de noviembre de 2008) se aprecia que la entidad demandada al reconocer y liquidar la pensión, solo tomó como factor salarial, la asignación básica mensual, pero no incluyó la prima vacacional docente 1/12 y la prima de navidad; las cuales como se estimó en las premisas jurisprudenciales y normativas decantadas en acápite previo, deben ser considerados como elementos para determinar el monto de la pensión de la demandante, puesto que fueron efectivamente devengadas en el último año de servicios.

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 de los actos administrativos demandados.

En consecuencia, se confirmará, la sentencia objeto de impugnación.

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 apelante, a favor de la 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 SINCELEJO – SALA TERCERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia apelada, proferida el 3 de noviembre de 2016 por el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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 Nº 158.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA