



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICACIÓN: 70-001-33-33-007-2015-00218-01
DEMANDANTE: JAIRO OSPINO LOBO
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 marzo de 2017¹, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Sincelejo Sucre, dentro de la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió el señor **JAIRO OSPINO LOBO** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**².

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA³.

El señor **JAIRO OSPINO LOBO**, 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 la Resolución N°. 0542 del 14 de octubre de 2004, por medio de la cual le fue reconocida una pensión de jubilación, como también de la Resolución N° 0075 de 25 de marzo de 2015 a través de la cual se reliquidó su prestación.

¹ Fol.75-98 C.Ppal.

² En adelante FNPSM O FOMAG.

³ Fol.1-5 C. Ppal.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en su último año de servicio anterior a la adquisición del status de pensionado, tales como: prima de navidad, prima vacacional, prima semestral, prima de antigüedad.

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

Al señor JAIRO OSPINO LOBO, le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, mediante la Resolución N° 0542 del 14 de octubre de 2004 por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al liquidarse dicha prestación, no se incluyeron todos los factores salariales que percibió durante su último año de servicio anterior a la causación de su derecho, como por ejemplo: las primas de alimentación, navidad, vacacional, semestral y de antigüedad.

El día 28 de enero de 2015 en razón de haber alcanzado la edad de retiro forzoso solicitó ante la Secretaria de Educación del Municipio de Sincelejo la reliquidación de su pensión de jubilación en su calidad de docente nacional.

Relata que la entidad demandada mediante Resolución N° 0075 de 25 de marzo de 2015 reliquidó su pensión de jubilación pero no incluyó los factores que devengó en su último año de servicios.

Con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado, expone en la demanda que por tratarse la misma de un asunto pensional, no se requiere agotar la vía gubernativa, como tampoco la conciliación prejudicial.

En el acápite de **normas violadas y concepto de violación**, en la demanda se señalaron los artículos 29, 48 y 53 de la Constitución Política y los artículos 15 de la Ley 91 de 1989, artículo 4° de la Ley 4ta de 1976, artículo 9° de la Ley 71 de 1988 y el artículo 2° literal A de la Ley 4ta de 1992, manifestando la parte actora que el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación dejó claro que al ser el actor docente nacional vinculado a 22 de febrero de 1980 y pertenecer al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el régimen que debe aplicársele es el previsto en la Ley 33 de

1985, por lo que se hacía indispensable que al momento de liquidar la pensión se tomaran los factores salariales señalados en el Art. 1 de la Ley 62 de 1985.

En ese sentido mencionó que al momento de realizar la reliquidación de prestación de su poderdante debió hacerse con el 75% del salario devengado en el último año de servicios considerando como salario la suma de la asignación básica más todos los factores salariales que le corresponden por Ley.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL. Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 30 de septiembre de 2015 (Folio 5 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 11 de marzo 2016 (Folio 24 C. Principal).
- Notificación a las partes: 11 de marzo de 2016 (Folio 26- 28 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 2 de septiembre de 2016 (Folio 43 a 55 C. Principal).
- Audiencia inicial: 30 de marzo de 2017 (Folio 68 72 C. Principal).
- Sentencia de primera instancia: 31 de marzo de 2017 (Folio 75 a 98 C. Principal).
- Recurso de apelación: 18 de abril de 2017 (Folio 101 a 121 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 09 de mayo de 2017 (Folio 125-127 C. Principal).

1.3. RESPUESTA A LA DEMANDA.

La Entidad demandada contestó la demanda, mediante apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, arguyendo que los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad, pues el demandante no logra acreditar siquiera sumariamente que hayan sido expedidos con infracción las normas en que debían 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.

Con relación a la mayoría de los hechos de la demanda dijo que no son ciertos y propuso las excepciones que denominó: i) ineptitud sustantiva de la demanda, ii) inexistencia de la obligación, iii) cobro de lo no debido, iv) prescripción, v) falta de legitimación en la causa por pasiva, iv) compensación y vii) Genérica o innominada.

1.4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴.

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, en sentencia de 31 de marzo de 2017, declaró la nulidad parcial de la Resolución N° 0542 de 14 de octubre de 2004 y de LA Resolución N° 0075 de 25 de marzo de 2015 ambas proferidas por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al comprobarse que transgredieron las Leyes 33 y 62 de 1985, por inadecuada aplicación de las mismas, así como los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

Consecuente con lo anterior, determino que al demandante le asiste el derecho de obtener la reliquidación de su pensión de jubilación, la cual fue reconocida a partir del 8 de junio del 2004, con la inclusión en la base de liquidación de todos los elementos salariales legales devengados por él en el último año de servicio que son: prima de alimentación, prima de antigüedad, prima semestral, prima vacacional y prima de navidad.

Asimismo, ordenó a la entidad demandada el pago de las diferencias de las mesadas pensionales dejadas de percibir, que resulten entre los valores que le habían sido reconocidos y pagados y los que dejó de percibir por la no inclusión de dichos factores solo las causadas a partir del 28 de enero de 2012 en adelante, por estar exentas de prescripción.

En pro de lo anterior, expresó que al demandante se le reconoció la pensión de jubilación a través de la Resolución No. 0542 de 14 de octubre de 2004, tomándose en cuenta el 75% de la asignación básica mensual devengada por él en su último año de servicios anterior a la causación del derecho, esto es el 7 de junio de 2003 y junio de 2004; no obstante, no reconoció como base de liquidación ningún otro factor salarial.

⁴ Fols. 75-98 C. Ppal.

Determinó que el actor es beneficiario del régimen anterior a la Ley 100 de 1993, el que para los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no es otro que el consagrado en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de 1985.

Expresó que de acuerdo con el certificado del salario pagado, que el actor devengó durante el último año de servicios, anterior a adquirir el status jurídico de pensionado, esto es entre el año 2003 y 2004 además de la asignación básica mensual y de los factores reconocidos, los siguientes factores salariales; prima de alimentación, prima de antigüedad, prima semestral, prima vacacional y prima de navidad los cuales debieron ser incluidos para la liquidación de la pensión de jubilación que se le reconoció, sin embargo no se hizo, a pesar que más tarde se procedió a reliquidar la pensión.

Por último, condenó en costas a la parte demandada.

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN⁵.

La parte accionada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, solicitando la revocatoria parcial de la sentencia del 31 de marzo de 2017 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo en donde se declaró la nulidad parcial de la Resolución N° 0542 de 14 de octubre de 2004 y de la Resolución N° 0075 de 25 de marzo de 2015, en la que la primera le reconoció su pensión de jubilación y en la segunda se reliquido la misma, no incluyendo los factores salariales a que tiene derecho.

Para el efecto, estimó que la sentencia no tuvo en cuenta el ordenamiento jurídico de forma manera integral, en la siguiente forma:

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 1978: en materia de régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, se ha establecido un régimen especial dadas las

⁵ Fls. 101-121 C. Ppal.

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: en cuanto al párrafo segundo del artículo 15 de la ley 91 de 1989, es necesario realizar las siguientes declaraciones: El derecho a la seguridad social se haya establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia como un derecho público de carácter obligatorio prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado regida por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. De acuerdo con lo señalado en la ley 100 de 1993, artículo 15 modificado por el artículo 3º de la ley 797 de 2003, deben afiliarse en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o con servidores públicos. Para el caso de los docentes o directivos docentes, por medio de la ley 91 de 1989 se crea el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, con el fin de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados a la fecha de promulgación de dicha ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Servidores que son afiliados automáticamente en dicho fondo.

El párrafo segundo del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que al tenor establece: "párrafo 2º, El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, a favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989; primas de navidad, de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones."

Como argumentos expresó que se encuentra en total desacuerdo con la decisión ya que esta no se ajusta a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley que se le reconozca la reliquidación de la pensión de jubilación al demandante, pues no se tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

1.6. TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Auto que admite el recurso de apelación: 06 de julio de 2017 (Folio 4 C. Apelación) y en auto del 14 de agosto de 2017 se dispuso correr traslado para alegatos de las partes y concepto del Ministerio Publico (Folio 12 C. Apelación),

En esta etapa procesal **solo se pronuncia la parte demandada**, solicitando se exonere de responsabilidad al FNPSM y se nieguen las pretensiones de la demanda, argumentando:

Que para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual (ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), reglamentándose de este modo la Ley 91 de 1989.

Que 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.

Que 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 al caso objeto de la presente controversia por cuanto al momento en que el 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.

Por tal motivo reitera que las prestaciones sobre las cuales realiza aportes el docente como pensiones y auxilios, que se causen a partir de la vigencia de la norma, se liquidaran únicamente con la asignación básica mensual y sobresueldo para los que tengan derecho a él, y siempre y cuando sobre ellos se realicen los aportes a favor del Fondo del Magisterio.

Que la normatividad sobre el tema, se ha encargado de regular la base de liquidación que se debe tener en cuenta para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, base que es determinada por lo que se ha establecido por la ley como salario y sobre el cual se efectúan los descuentos de ley correspondientes, por ello con los factores salariales determinados por las normas, no puede un funcionario hacer descuentos sobre factores que no estén determinados por la ley aplicable, y si esto hubiese ocurrido si habría violación de la normatividad vigente.

Debido a lo anterior se reafirma que los factores salariales están expresamente delimitados en las normas mencionadas y fuera de ellos no existe la posibilidad de realizar el reajuste a la cuantía de la pensión de jubilación del docente, con factores salariales como: prima de alimentación, prima de navidad, prima de antigüedad, auxilio de transporte, prima vacacional Departamental y prima de vacaciones.

- **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁶.**

La Procuraduría 44 Judicial II ante el Tribunal Administrativo de Sucre emitió concepto, solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia, manifestando que el señor JAIRO OSPINO LOBO, mediante Resolución N° 0542 del 14 de octubre le fue reconocida la pensión de jubilación, por parte de la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por haber prestado sus servicios como docente al Departamento de Sucre por más de veinte años, adquirió el status de pensionado el 07 de junio de 2004, que mediante Resolución 0075 del 25 de marzo de 2015 se le reliquidó la pensión por retiro del servicio.

⁶ Folios 22-25 cuaderno de segunda instancia.

Que dicha prestación económica se liquidó sin incluir todos los factores salariales devengados, aun cuando para el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus de pensionado (07 de junio de 2003) devengó como factores salariales: prima de navidad, prima vacacional, prima semestral, prima de antigüedad y prima de alimentación, tal como consta en el certificado de salarios aportado al proceso. (fl. 12)

Que el actor, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el actor se encontraba cobijado por el régimen de transición, por consiguiente, le es aplicable la Ley 33 de 1985, tal como le fue reconocido este régimen en la Resolución que le dio la pensión, por lo que, teniendo en cuenta, los principios de la confianza legítima, favorabilidad en la interpretación de las normas pensionales y de garantizar los principios de universalidad y progresividad del sistema de seguridad social, el ingreso base de liquidación aplicable por ser beneficiario del régimen de transición debe ser el previsto en el régimen anterior al cual estaba afiliado.

En ese orden de ideas, cuando se trata de liquidar las pensiones de jubilación de los servidores públicos amparados por los regímenes de pensiones anteriores a la Ley 100 de 1993 (Ley 33 de 1985), así como la Ley 6 de 1945), debe tenerse en cuenta todo lo percibido por el beneficiario durante el último año de servicio, aunque sobre ellos, o alguno de ellos no haga mención taxativa la norma.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

Esta Sala 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 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La reconstrucción de los antecedentes, indica que el problema jurídico, estriba en determinar, si *¿Tiene el señor JAIRO OSPINO LOBO en su condición de donde pensionado, derecho o no, a la reliquidación de su pensión de jubilación, con base en la Ley 33 de 1985; incluyendo en el ingreso base de liquidación todos los factores salariales devengados por él durante su último*

año de servicios, los cuales no fueron incluidos en la liquidación realizada en la resolución de reconocimiento y reliquidación de la prestación?

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO.

I. EL REGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES. Factores salariales para liquidar la pensión de jubilación. Vinculación antes ley 812 de 2003. Aplicación ley 33 de 1985.

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 general"⁷

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

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Sentencia de diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009), Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02698-01(1961-08). Ver asimismo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Sentencia de diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011), Radicación número: 54001-23-31-000-2003-00630-01(0802-10)

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 requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

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

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

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

2. Pensiones:

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

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

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

B.- En su artículo 15, estableció NORMAS PRESTACIONALES para los docentes, así : -) Para los DOCENTES NACIONALIZADOS que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, en el artículo 15, numeral 1º, se dispone que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; ahora, éstas solo pueden ser las LEGALES por mandato constitucional y, se anota que en materia de pensión de jubilación (ordinaria) antes de esta ley dichos docentes se encontraban bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, con la transición en edad pensional que allí se consagra exceptivamente. -) Para los DOCENTES NACIONALES y los que se vinculen a partir de enero 1º /90, en el párrafo 2º del núm. 1º del citado art. 15, manda que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales están los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. No puede pasar desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional.

(...)

-) LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO. Los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y

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

En cuando a este último grupo (del art. 2-B del art. 15) se tiene que para los DOCENTES NACIONALES la Ley 91 de 1989 no varió la edad de jubilación, pues ellos continuaron adquiriendo el derecho de jubilación con 20 años de servicio y 55 de edad, en virtud de la Ley 33 de 1985, norma que mantuvo su vigencia, salvo el caso de la transición en edad pensional del párrafo 2º de su art. 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 el régimen pensional aplicable a los docentes de carácter oficial, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, habrá de determinarse con relación a la fecha de vinculación al servicio de la educación, más no teniendo como referencia la adquisición del estatus.

II. FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR LA PENSIÓN QUE SE RECONOCE CON FUNDAMENTO EN LA LEY 33 DE 1985.

Frente a los factores salariales a incluir para efectos de determinar el monto pensional, es menester precisar, con fundamento en la aplicación de la sub reglas creadas por el H. Consejo de Estado, que 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 de las normas laborales, dentro de las cuales se cuenta las normas sobre seguridad social en pensiones.

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

*"Sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945. Den la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, **se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador. La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.** (Negrillas fuera del texto)*

El artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios. Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza

del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.”⁸

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 Subsección⁹:

“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.*

⁸ 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

⁹ Sentencia del 27 de enero de 2011, expediente No. 08001-23-31-000-2007-00112-01(0045-09). C. de E. Sección II Subsección B. CP. Bertha Lucia Ramírez.

En 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, precisó¹⁰:

“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”

¹⁰ 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.

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 Corporación y que plasmó en la sentencia de Unificación del 4 de agosto de 2010¹¹ 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 2017¹² 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

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 4 de agosto de 2010. Radicado. 2006-07509 (0112-2009), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹² Radicado: 250002342000201301541 01 C.P. César Palomino Cortés-

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 2016¹³, 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 Cierre¹⁴

Así, acorde con la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, para liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes cuya vinculación es anterior a la expedición de la Ley 812 de 2003 y se les aplica la ley 33 de 1985, 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.

III. EL CASO CONCRETO.

El actor pretende la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año anterior a la adquisición del derecho o status.

Probatoriamente se encuentran confirmadas las siguientes premisas fácticas:

Al señor JAIRO OSPINO LOBO mediante Resolución No. 0542 del 14 de octubre de 2004 le fue reconocida y ordenada el pago de una pensión vitalicia

¹³Consejo 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.

¹⁴ 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

de jubilación, por parte del FNPSM, al haber prestado sus servicios como Docente Nacional en la Institución Educativa Técnico Industrial Antonio Prieto, aplicando las reglas de la Ley 33 de 1985.

El actor ingresó al servicio público educativo 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.

En el acto de reconocimiento pensional, el FNPSM tomó como factor salarial para la liquidación de la pensión, la ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL¹⁵.

Mediante Resolución No. 0075 del 25 de marzo de 2015, el FNPSM, reliquidó por retiro del servicio, la pensión de jubilación del señor JAIRO OSPINO LOBO que le fue reconocida a través de la Resolución No. 0542 del 14 de octubre de 2004¹⁶.

La anterior reliquidación se realizó teniendo en cuenta el último año de servicios, para lo cual, el ente gestor tomo el 75% del promedio de factores salariales devengados en el último año de servicios, incluyendo como tal, únicamente, la ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL.

El actor, adquirió su estatus pensional el 7 de junio de 2004, tal como consta en la Resolución No. 0542 del 14 de octubre de 2004.

En el último año anterior a la adquisición del derecho¹⁷, esto es, 7 de junio de 2003 a 13 de junio de 2004, el señor JAIRO OSPINO LOBO, en su condición de docente, devengó los siguientes factores salariales: ASIGNACIÓN BASICA MENSULA, PRIMA DE ALIMENTACIÓN, PRIMA DE ANTIGÜEDAD, PRIMA SEMESTRAL, PRIMA VACACIONAL Y PRIMA DE NAVIDAD, como se aprecia claramente en el certificado de salarios obrantes a folios 12 y 13 del cuaderno de primera instancia.

Bajo las premisas decantadas en acápites anteriores, a los docentes vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, como el caso del actor, se le debe reconocer la pensión de jubilación con las reglas de la Ley

¹⁵ Folios 7-8 cuaderno de primera instancia.

¹⁶ Folios 9-11 cuaderno de primera instancia.

¹⁷ Es la pretensión de la demanda.

33 de 1985 y tomando en consideración para determinar el monto de la pensión, todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus, con la consideración adicional, que sobre aquellos elementos salariales sobre los cuales no se realizaron aportes, dichos valores podrán ser descontados por la entidad gestora.

En ese orden, es palmario que el FNPSM al reconocer y liquidar la pensión vitalicia de jubilación del señor OSPINO LOBO, tomó solo como factor salarial, la asignación básica mensual, dejando por fuera la prima de alimentación, la prima vacacional y la prima de navidad, los cuales fueron efectivamente devengados, en claro desmedro de los derechos del actor, lo cual apareja como consecuencia la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado.

En este punto, es menester aclarar, que la prima semestral la percibió el hoy pensionado por haber prestado sus servicios al municipio de Sincelejo - Departamento de Sucre, prestación esta que se devengaba en razón a la Ordenanza 08 de 1985 de la Asamblea Departamental de Sucre, acto administrativo que fue declarado nulo por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, mediante sentencia del 22 de mayo de 2008, con efectos retroactivos; es decir, se observan como si el acto cuya nulidad se decretó no hubiera existido; siendo así, se imposibilita la aplicación para el efecto de la teoría de los derechos adquiridos, dado que, en tal circunstancia se carecería de un título jurídico que le sirva de soporte a la adquisición del derecho, posición esta asumida por este Tribunal en decisiones anteriores¹⁸ y que ahora se reitera, por lo que este factor salarial, efectivamente no debe tenerse en cuenta para la reliquidación ordenada.

De igual forma, el demandante devengó en el año ante de adquirir el estatus de pensionado un emolumento denominado "prima de antigüedad", sin embargo, debe decirse que éste no será incluido en la liquidación pensional, pues, si bien fue percibida de buena fe, la fuente normativa que dio origen dicha prestación (Decreto 208 de 1981) fue declarada nula mediante

¹⁸ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, Sentencia del 22 de mayo de 2014, Radicación: 70-001-33-33-001-2013-00025-01, Demandante: Miguelina Martínez Angulo, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "Ugpp", M.P. Moisés Rodríguez Pérez. Sentencia de Mayo 29 de 2014, Radicación: 70-001-33-33-008-2013-00032-01; Demandante: Remberto Enrique Pérez Merlano, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social "Ugpp", M.P. Rufo Arturo Carvajal Argoty.

sentencia de 25 de septiembre de 2013, proferida por este Tribunal en proceso de Simple Nulidad radicado 70-001-23-31-000-2012-00150-00, de suerte que estando excluido del ordenamiento jurídico, no es factible considerar este emolumento para el cómputo de la cuantía pensional.

Bajo la anterior, conclusión al actor le asiste derecho a la pensión de jubilación que le fue reconocida en la Resolución No. 0542 del 14 de octubre de 2004, sea reliquidada con la inclusión de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionado, tales como asignación básica mensual, prima de navidad, prima vacacional y la prima de alimentación, excluyendo de dicho computo, la prima de antigüedad y la prima semestral, acorde con lo considerado.

En virtud de lo anterior y si bien al actor le asiste el derecho a la reliquidación pensional por factores salariales no incluidos, se impone la modificación del numeral tercero de la parte Resolutiva de la sentencia de primera instancia, solo en cuanto, no podrán incluirse como factores salariales, la prima de antigüedad y la prima semestral y en lo demás se confirmará la sentencia apelada.

- **CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P.

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

3. DECISIÓN:

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍQUESE el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia del 31 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el sentido que la liquidación pensional del señor JAIRO OSPINA LOBO, corresponde al 75% del promedio de factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional, a saber, asignación básica mensual, prima de alimentación, prima de navidad y prima de servicios, exceptuando o excluyendo de dicho computo, la prima de antigüedad y la prima semestral.

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

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

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

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala de Decisión Ordinaria Oral, conforme consta en Acta No. 183 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL AROGTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA