



Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Acción	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-012-2014-00017-01
Accionante:	Noris Esther Barrios Gándara
Accionado:	Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.
Tema:	Reliquidación pensión docente
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO.

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 1º de junio de 2015, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda.

a. Pretensiones.

La señora Noris Esther Barrios Gándara, mediante apoderado judicial, presentó demanda contra la Nación – Min. Educación – FOMAG, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., en la que solicitó las declaraciones y condenas que enseguida se resumen:

"Que se declare la nulidad de la Resolución No. 208 del 31 de octubre de 2005 expedida por el Secretario de Educación Distrital de Cartagena, en nombre y en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -, mediante la cual se reconoce una pensión de derecho calculada únicamente en su asignación básica, y desconociendo otros factores salariales debidamente certificados.

2. Como consecuencia de la declaración anterior, ordenar el restablecimiento del derecho y declarar que mi poderdante le asiste razón respecto a que el Fondo de Prestaciones Social del Magisterio, le debe reconocer y en consecuencia pagar su pensión de jubilación ordinaria en derecho, tenido en cuenta para el cálculo del monto pensional además de la asignación básica y el sobre sueldo, todos aquellos factores salariales pagados y certificados en el año anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado tal como son las primas de alimentación, población, de navidad, de vacaciones, especial o de exclusividad, y demás factores que conforme a la Ley deben integrar la base



salarial para el cálculo del monto pensional, en cuantía mensual no inferior a \$1.621.511, efectiva a partir de junio 21 de 2005, y en consecuencia el FNPSM, deberá procede a liquidar los reajustes pensionales decretados a favor de mi mandante por concepto de ley 71/88, teniendo en entre la nueva cuantía pensional de \$1.621.511.

3. Que se ordene liquidar y pagar a expensa del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a favor de mi representada la diferencia de mesadas atrasadas debida, valor que resultará de la diferencia entre lo que actualmente se paga y lo que ordene la sentencia que resulte del presente proceso desde el 21 de junio de 2005, hasta que sea incluida en nómina, sumas calculadas sobre la base de una cuantía inicial no inferior a \$1.621.511.00.

4. CONDENAR AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para que sobre fas mesadas Adeudadas a mi mandante, se le paguen las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme a los INDICES DE PRECIOS AL CONSUMIDOR (I.P.C.) o al por Mayor, tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A.

5. CONDENAR AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que si no da Cumplimiento al fallo dentro del Término Previsto en si artículo 176 del CPACA, pague a favor de mi mandante intereses comerciales durante los 6 (Seis) primeros meses contados a partir de la Ejecutoria del Fallo e Intereses Moratorios después de este término conforme lo ordena el artículo 177 del CCA.

6. Ordenar si FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que dé Cumplimiento al Fallo dentro del Término Previsto en el artículo 176 del CCA.

b. Hechos

La demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Laboró en la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias por más de 20 años, y adquirió su estatus pensional el 21 de junio de 2005, por lo que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de su pensión fueron los devengados en el periodo comprendido de 21 de junio de 2004 a 22 de junio de 2005.

Mediante Resolución 208 de 24 de octubre de 2005, la entidad demandada le reconoció la pensión de jubilación en cuantía de un millón sesenta y ocho mil ciento cincuenta y ocho (\$1.068.158) efectiva a partir del 22 de junio de 2005, sin tener en cuenta las primas de alimentación, de navidad, de vacaciones, de clima, horas extras, días feriados y recargos, devengados.

c. Normas violadas y concepto de violación

Considera vulneradas las siguientes:

- Constitución Política: Artículos 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 58.



- Código Sustantivo del Trabajo: artículos 21, 260 y 280.
- Código Civil: artículo 10
- Ley 57 de 1887. Artículo 5.
- Ley 6° de 1945.
- Decreto 1285 de 1955: artículo 1.
- Decreto 2277 de 1979: artículos 31 y 70.
- Ley 4° de 1996: artículo 4.
- Decreto reglamentario 1743 de 1966: artículo 5.
- Ley 33 y 62 de 1985: artículo 1.
- Ley 91 de 1989: artículos 1, 2 y 15.
- Ley 60 de 1993.
- Ley 115 de 1994.
- Ley 71 de 1988.
- Decreto 2709 de 1994.
- Decreto 2341 de 2003.

Como concepto de la violación señaló que la entidad accionada, al proferir la resolución acusada, transgredió normas legales y constitucionales, calculó el monto pensional sin tener en cuenta las prima de navidad y de alimentación, rubros que fueron certificados como devengados y pagados en el último año de servicio, violando los principios regulados por la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985, que estipulan que el monto pensional habrá de calcularse con el 75% del promedio de los factores devengados y certificados en el último año de servicio, haciendo un listado a título de ejemplo, del cual no se excluye dichas primas las cuales se reclaman en esta oportunidad como elemento salarial integrante de la base salarial para el cálculo del monto pensional.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicó que los factores de salario sobre los cuales se determina el monto de la pensión de derecho, es la asignación básica y la prima de vacaciones, sin embargo dice que el ingreso base de cotización y liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición del Decreto 812 de 2003, cuyo pago se encuentre obligado el Fondo no podrá ser diferente de la base de cotización sobre el cual realiza los aportes el docente, afirmación que no es cierta, en la medida que sobre las primas de navidad y de alimentación, aunque no se le practicaron los descuentos por aportes a seguridad Social, no impide que estos sean estimados para el cálculo del monto pensional.

El acto administrativo que resolvió la solicitud de pensión está acorde con estas disposiciones, al ignorar que las estas primas, son factores de salario para el cálculo del monto pensional, por ser retribuciones permanentes, pues las Leyes 33 y 62 de 1985, plenamente aplicable a la liquidación y reconocimiento de la pensión de derecho de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio indican que estos rubros, son factor de salario para el reconocimiento y cálculo del monto pensional.



Señaló que está sometida al régimen de los empleados públicos regulados por las Leyes 33 y 62 de 1985, de manera que la pensión debía reconocerse teniendo en cuenta el 75% del promedio de las asignaciones devengadas durante el último año de servicio o el año anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado, excepto que una norma los hubiera excluido expresamente para no tenerlas en cuenta como factores de salario para el cálculo del monto pensional.

Se debe acudir al principio de favorabilidad, consagrado en 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 a de adoptarse por aquella que

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.

3.2. Contestación.

El apoderado de la parte demandada señaló que desde la expedición de la Ley 6 de 1945 se han establecido que los aportes que los servidores públicos deben efectuar a las entidades de previsión para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas a las cuales puedan tener derecho.

En el mismo sentido, la Ley 4ª de 1966 dispuso algunas bases sobre las cuales se calcularían las prestaciones económicas a favor de los servidores públicos.

La ley 91 del 29 de diciembre de 1989 por la cual "se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio" definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se registrarán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, para aquellos; y el régimen de la entidad territorial, para éstos.

El artículo 15 de la citada ley, establece, entre otras disposiciones, que para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990, el régimen aplicable se halla contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o las normas que se expidan en el futuro.

La Ley 812 de 2003 o Ley de Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 al 2006, en su artículo 81, estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, disposición que condicionó la cuantía de la pensión de jubilación a los factores sobre los cuales a partir de la fecha de la vigencia de la ley cotiza el educador al FNPSM. Así, esta ley modificó el concepto de aportes para el



personal afiliado al Fondo, indicado que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En efecto, los docentes tienen la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (art. 5 del Decreto 224 de 1972), pueden gozar de pensión gracia (leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e, incluso de pensión gracia y pensión de invalidez, y tales prerrogativas las confirman las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, art. 279, 60 de 1993, art. 6, y 115 de 1994, art. 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

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

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe y las genéricas e innominada.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juez Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 01 de junio de 2015, accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

“PRIMERO. Declarar no probadas las excepciones de fondo planteadas por la entidad demandada NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 208 del 31 de Octubre de 2005, mediante la cual se reconoció pensión vitalicia de jubilación a la actora emanada de la entidad demandada NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por las razones expuestas en el presente proveído.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a relíquidar la pensión de la señora NORIS ESTHER BARRIOS GANDARA, identificada con la C.C. No. 33.132.217, sobre el setenta y cinco (75%) por ciento del salario del promedio de los factores devengados durante el año inmediatamente anterior al del cumplimiento de los requisitos para obtener el status pensional de conformidad con la certificación de fecha 12 de Diciembre de 2013 expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, en la cual incluirán, además de los factores incluidos en la Resolución No. 208 del 31 de Octubre de 2005, los siguientes factores: Prima de Alimentación, Prima de Navidad (doceava parte) y Prima de Vacaciones (doceava parte), pero con efectos fiscales a



partir del 23 de Enero de 2011 por prescripción trienal.

(...)**CUARTO:** Se autoriza a la entidad demandada, una vez se haya efectuado el cálculo de la mesada pensional con la inclusión de los nuevos factores señalados anteriormente, proceda a descontar del monto total a pagar a la pensionada, las sumas correspondientes a los aportes que debió asumir el trabajador por los factores salariales cuya inclusión se ordena en esta sentencia y que fueron devengados durante el año inmediatamente anterior al del cumplimiento de los requisitos para obtener el status pensional.

QUINTO: Se declara la prescripción del derecho al pago de las sumas de dinero a que hubiere tenido derecho la actora, por concepto de diferencias entre la pensión de jubilación recibida y la que habría recibido si se hubieran incluido la totalidad de los factores salariales, sobre las mesadas anteriores al 23 de Enero de 2011.

SEXTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 193 del CPACA. (...).

Para sustentar su decisión el A-quo, señaló que en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993, consagraron un régimen "especial". Tampoco lo hace la Ley 115 de 1994.

En efecto, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6ª de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones generales de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de especiales.

La Ley 812 de 2003, que en materia prestacional respecto del magisterio oficial consagró que 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.

El artículo anterior fue reglamentado por el Decreto 3752 de 2003, por el cual se dispuso que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

De lo anterior se infiere que los docentes nacionalizados vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha en que entra en vigencia la Ley 812 de 2003, se rigen por las normas vigentes hasta antes de ese momento, y por lo tanto su pensión ordinaria de jubilación debe liquidarse teniendo como base todos los factores



devengados durante el último año de prestación de servicios, y si sobre algunos de ellos no se hicieron los aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al momento de reliquidarse la mesada los mismos deberán ser descontados.

Sobre los factores salariales a tener en cuenta para el ingreso base de liquidación señaló que el Consejo de Estado en Sentencia de 05 de septiembre del 2002, con radicación número: 17001-23-31-000-1997-7051-01(1977-01), hace referencia dichos factores no son solo la remuneración básica mensual, sino todo lo que el funcionario o empleado percibe por concepto de salario, es decir, todo lo que devengue como retribución de sus servicios.

Así mismo, señaló que el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de 4 de agosto de 2010, al fijar el alcance e interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985, son un principio general y no pueden considerarse de manera taxativa; por lo tanto, cuando se trata de liquidar la pensión de jubilación ordinaria o de derecho de los servidores públicos amparados por la mentada Ley, deben tenerse en cuenta todos los factores percibidos por éstos durante el último año de servicios a la adquisición del status pensional, aunque ellos, o alguno de ellos, no estén señalados en la Ley 62 de 1985.

Sostuvo que la prima de clima no tiene el carácter de factores salariales, sino que constituyen prestaciones sociales, tal como lo señaló el Consejo de Estado, en providencia del C.E. Sección Segunda, Sentencia del 30/06/2011, Rad. 15001-23-31-000-2007-00902- 01(2031-09).

Teniendo en cuenta lo anterior, señaló que la 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 que como habíamos mencionado anteriormente fue el 21 de Junio de 2005, a los cuales deberán efectuarse los respectivos descuentos con relación a los factores salariales a los que no se les haya realizado dicha deducción legal tales como la prima de alimentación especial, prima de navidad y prima de vacaciones.

También sostuvo que la prima de navidad y prima de vacaciones se reconocen y pagan al empleado cada vez que cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial, es decir que el derecho a su reconocimiento se causa cada vez que aquél cumple un año de servicios y, por lo tanto, el cómputo de este factor para efectos de determinar la cuantía de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100%, en consideración a que su pago se hace de manera anual.

Por último, declaró prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 23 enero de 2011, porque el acto acusado fue expedido el día 31 de octubre de 2005 y la demanda fue presentada el día 23 de enero de 2014, por lo tanto, la presentación de esta interrumpió la prescripción de las mesadas pensionales,



de allí hacia atrás corren tres años, luego lo que está por fuera de esos tres años, ha prescrito.

V. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la parte demandada sustentó el recurso reiterando los argumentos expuesto en la contestación de la demanda.

Solicitó que en el caso de no ser revocada la sentencia apelada, se de aplicación al principio de la no reformatio in pejus, en lo que se refiere a las deducciones legales y la prescripción trienal impuesta en la parte resolutive de la sentencia impugnada.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto del 26 de febrero de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 3 del cuaderno N° 2), y por providencia de 3 de agosto de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto (f. 11 del cuaderno N° 2).

La parte demandada reiteró en lo sustancial los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fs. 14 a 19 ibídem)

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

El Ministerio Público no rindió concepto.

VI.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para adoptar la decisión que en derecho corresponda.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.



7.2. Problema jurídico

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar si el demandante tiene derecho a que se re-liquide su pensión de jubilación, tomando como base todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la adquisición de su status pensional, o si por el contrario, solo se deben tener en cuenta los factores previstos expresamente en la Ley.

7.3. Tesis de la Sala.

La Sala estima que la demandante si tiene derecho a que su pensión sea reliquidada teniendo en cuenta los factores salariales devengados durante su último año de servicios. Lo anterior en aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral y la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que impone reconocer todos los factores que puedan ser caracterizados materialmente como salarios, con independencia se la calificación formal que le atribuya el ordenamiento.

7.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado debe la Sala determinar cuáles son las normas que regulan el reconocimiento de la pensión de jubilación del actor en su calidad de docente.

7.4.1 De la pensión de jubilación del nivel nacionalizado:

El régimen prestacional y pensional de los servidores del sector oficial ha sido fijado por las Leyes **6ª de 1945** y **4ª de 1966** y los **Decretos 3135 de 1968** y **1848 de 1969**, que frente al monto pensional establecieron que el mismo sería calculado sobre el 75% de todo lo percibido por concepto de salario en el último año de servicios.

Posteriormente, el Decreto 2272 de 1979 expidió el estatuto docente, cuyo artículo 1º expresó:

"Artículo 1º. El presente Decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por las normas especiales."

Si bien el estatuto docente consagró un régimen especial docente, éste sólo se limitó a materias como ingreso, estabilidad, ascenso y retiro del ramo, dejando por fuera lo relacionado con el régimen prestacional de dichos servidores, así:



A su turno, la Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas normas sobre las Cajas de Previsión y las prestaciones sociales para el sector público, vigente a partir del 13 de febrero de 1985,¹ y aplicable a los empleados oficiales de **todos los órdenes**, en su artículo 1º dispuso que las pensiones de los empleados oficiales fueran liquidadas sobre los mismos factores que sirvieron para calcular sus aportes durante el último año de servicios. Para tal efecto, en su artículo 3º hizo una relación de los factores que serían tenidos en cuenta para la determinación de la base de liquidación de los aportes, así:

ARTICULO 3o. 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 inciso anterior, la base de liquidación de 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;**
- **prima técnica;**
- **dominicales y feriados;**
- **horas extras;**
- **bonificación por servicios prestados; y**
- **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 liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negritas y subrayas de la Sala)

Cabe anotar que esta ley, en su artículo 25, derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias.

Contempló además, que las normas allí contenidas no serían aplicables a los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Adicionalmente, en su artículo 1º parágrafo 2º ² estableció un régimen de transición en virtud del cual, los empleados oficiales tanto del orden nacional

¹ Sobre la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, puede consultarse la sentencia C 932-06 de la H. Corte Constitucional, con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

² "Artículo 1º: El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente



como departamental que a la fecha de su promulgación dada el 13 de febrero de 1985, contarán con 15 años continuos o discontinuos de servicio o hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse, se sujetarán a las disposiciones anteriores.

Finalmente, el contenido del artículo 1° de la ley en estudio (33 de 1.985) fue modificado por la Ley 62 de 1985, vigente a partir del 16 de septiembre, así:

"ARTÍCULO 1: ...

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 virtud del proceso de nacionalización de la educación dispuesto en la Ley 45 de 1975, se expidió la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y ordenó que a partir de su vigencia el personal nacional y nacionalizado seguiría en materia prestacional las siguientes reglas:

"ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1.990 será regido por las siguientes reglas:

1. 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".

Acorde con la Ley 91 de 1989 las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales se rigen por las normas **vigentes** aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y demás normas expedidas a futuro. Sobre tal aspecto es necesario

al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

...PARAGRAFO 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...

...Parágrafo 3°. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley."



precisar que la norma en cita hace especial referencia a la vigencia de las normas que regulan materias prestacionales, lo cual quiere decir que en lo relacionado con la pensión de jubilación no son aplicables los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 ni 73 del Decreto 1848 de 1969 ni menos aún el Decreto 1045 de 1978 en cuanto al monto pensional, toda vez que dichos apartes fueron derogados por la Ley 33 de 1985 y por ende modificados por la Ley 62 del mismo año, siendo éstas últimas normas las que orientan la materia para el personal en mención.

La Ley 115 de 1994 – General de Educación-, remitió la regulación del régimen prestacional de los educadores estatales a lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y a lo dispuesto en esa misma ley.³

Por otra parte, con la Ley 100 de 1993 se introdujo una modificación al anterior sistema general de pensiones, en cuanto a edad, tiempo de servicios y factores de liquidación, regulando en materia pensional que el monto de la prestación oscilaría entre el 65% y el 85% del Ingreso Base de Liquidación, disposición de cobertura general que dejó atrás los regímenes establecidos a través de las normas dictadas con anterioridad a su expedición, salvo situaciones especiales en las que no sería aplicable y que fueron consagradas bajo la figura del régimen de transición para quienes a la fecha de su vigencia contarán con 35 años de edad o más en el caso de mujeres o 40 años de edad para los hombres:

Finalmente, la Ley 812 de 2003 que aprobó el Plan de Desarrollo 2003 a 2006, reglamentada por el Decreto 3752 del mismo año, dispuso que los docentes de todos los órdenes gozarían del régimen prestacional sería el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia. Así mismo, recopilando la disposición contenida en la Ley 33 de 1985⁴, ordenó que las prestaciones sociales que se causaran a partir de su vigencia y que estuvieran a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se calcularían teniendo en cuenta la base de la cotización sobre la cual se aporta.

*“Artículo 3°. Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales
La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.”*

El artículo transcrito (3° de la Ley 812/03) fue derogado por la Ley 1151 de 2.007.

³ Art. 115 Ley 115 de 1994.

⁴ Parágrafo del Artículo 3°.



En síntesis, el régimen pensional de los **docentes nacionalizados** vinculados con anterioridad al año 1989 es el descrito por las Leyes 33 y 62 de 1985, a menos que se encuentren dentro del régimen de excepción previsto en la Ley 33 de 1985, evento en el cual son aplicables los Decretos anteriores, esto es, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

7.4.2. La jurisprudencia sobre factores salariales a tener en cuenta para la reliquidación pensional.

Esta Sala se ceñirá al precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010, Exp. No 0112-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sobre los factores de salario a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones de jubilación, donde concluyó que los factores enlistados en la Ley 62 de 1985 tienen carácter enunciativo y no taxativo 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, precisó⁵:

"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."

(...) La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella 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 de 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. (...)

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia 9 de Julio de 2009, Ref: Expediente No (0208-2007).



(...) 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 salarios, además 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 incluyen los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales- esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978..." (Negritas y subrayas de la Sala).

El régimen prestacional y pensional de los servidores del sector oficial ha sido fijado por las Leyes **6ª de 1945 y 4ª de 1966** y los **Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969**, que frente al monto pensional establecieron que el mismo sería calculado sobre el 75% de todo lo percibido por concepto de salario en el último año de servicios.

Posteriormente, el Decreto 2272 de 1979 expidió el estatuto docente, cuyo artículo 1º expresó:

"Artículo 1º. El presente Decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por las normas especiales."

Si bien el estatuto docente consagró un régimen especial docente, éste sólo se limitó a materias como ingreso, estabilidad, ascenso y retiro del ramo, dejando por fuera lo relacionado con el régimen prestacional de dichos servidores, así:

A su turno, la Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas normas sobre las Cajas de Previsión y las prestaciones sociales para el sector público, vigente a partir del 13 de febrero de 1985,⁶ y aplicable a los empleados oficiales de **todos los órdenes**, en su artículo 1º dispuso que las pensiones de los empleados oficiales fueran liquidadas sobre los mismos factores que sirvieron para calcular sus aportes

⁶ Sobre la fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, puede consultarse la sentencia C 932-06 de la H. Corte Constitucional, con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.



durante el último año de servicios. Para tal efecto, en su artículo 3º hizo una relación de los factores que serían tenidos en cuenta para la determinación de la base de liquidación de los aportes, así:

ARTICULO 3o. 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 inciso anterior, la base de liquidación de 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;**
- **prima técnica;**
- **dominicales y feriados;**
- **horas extras;**
- **bonificación por servicios prestados; y**
- **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 liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negrillas y subrayas de la Sala)

Cabe anotar que esta ley, en su artículo 25, derogó expresamente los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias.

Contempló además, que las normas allí contenidas no serían aplicables a los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Adicionalmente, en su artículo 1º párrafo 2º ⁷ estableció un régimen de transición en virtud del cual, los empleados oficiales tanto del orden nacional

⁷ "Artículo 1º: El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

...PARAGRAFO 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...

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



como departamental que a la fecha de su promulgación dada el 13 de febrero de 1985, contarán con 15 años continuos o discontinuos de servicio o hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse, se sujetarán a las disposiciones anteriores.

Finalmente, el contenido del artículo 1º de la ley en estudio (33 de 1.985) fue modificado por la Ley 62 de 1985, vigente a partir del 16 de septiembre, así:

"ARTÍCULO 1: ...

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 virtud del proceso de nacionalización de la educación dispuesto en la Ley 45 de 1975, se expidió la Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y ordenó que a partir de su vigencia el personal nacional y nacionalizado seguiría en materia prestacional las siguientes reglas:

"ARTÍCULO 15. 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 1.990 será regido por las siguientes reglas:

1. 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".

Acorde con la Ley 91 de 1989 las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales se rigen por las normas **vigentes** aplicables a los empleados públicos del orden nacional, por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y demás normas expedidas a futuro. Sobre tal aspecto es necesario precisar que la norma en cita hace especial referencia a la vigencia de las normas que regulan materias prestacionales, lo cual quiere decir que en lo relacionado con la pensión de jubilación no son aplicables los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 ni 73 del Decreto 1848 de 1969 ni menos aún el Decreto 1045 de 1978 en cuanto al monto pensional, toda vez que dichos apartes fueron derogados por la Ley 33 de 1985 y por ende modificados por la Ley 62 del mismo año, siendo éstas últimas normas las que orientan la materia para el personal en mención.



La Ley 115 de 1994 – General de Educación-, remitió la regulación del régimen prestacional de los educadores estatales a lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y a lo dispuesto en esa misma ley.⁸

Por otra parte, con la Ley 100 de 1993 se introdujo una modificación al anterior sistema general de pensiones, en cuanto a edad, tiempo de servicios y factores de liquidación, regulando en materia pensional que el monto de la prestación oscilaría entre el 65% y el 85% del Ingreso Base de Liquidación, disposición de cobertura general que dejó atrás los regímenes establecidos a través de las normas dictadas con anterioridad a su expedición, salvo situaciones especiales en las que no sería aplicable y que fueron consagradas bajo la figura del régimen de transición para quienes a la fecha de su vigencia contaran con 35 años de edad o más en el caso de mujeres o 40 años de edad para los hombres:

Finalmente, la Ley 812 de 2003 que aprobó el Plan de Desarrollo 2003 a 2006, reglamentada por el Decreto 3752 del mismo año, dispuso que los docentes de todos los órdenes gozarían del régimen prestacional sería el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia. Así mismo, recopilando la disposición contenida en la Ley 33 de 1985⁹, ordenó que las prestaciones sociales que se causaran a partir de su vigencia y que estuvieran a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se calcularían teniendo en cuenta la base de la cotización sobre la cual se aporta.

*"Artículo 3°. Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales
La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente."*

El artículo transcrito (3° de la Ley 812/03) fue derogado por la Ley 1151 de 2007.

En síntesis, el régimen pensional de los **docentes nacionalizados** vinculados con anterioridad al año 1989 es el descrito por las Leyes 33 y 62 de 1985, a menos que se encuentren dentro del régimen de excepción previsto en la Ley 33 de 1985, evento en el cual son aplicables los Decretos anteriores, esto es, los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

7.5. CASO CONCRETO

7.6 Hechos probados

⁸ Art. 115 Ley 115 de 1994.

⁹ Parágrafo del Artículo 3°.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- La demandante nació el 21 de junio de 1950 (f. 32).
- Mediante Resolución No. 208 del 31 de octubre de 2005, expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación a la señora NORIS ESTHER BARRIOS GANDARA, en cuantía de un millón sesenta y ocho mil ciento cincuenta y ocho pesos (\$1.068.158), efectiva a partir del 22 de junio de 2005, como docente de vinculación nacionalizado y, teniendo en cuenta para su liquidación el 75% de lo devengado por concepto asignación básica en el último año de servicios anterior a la adquisición del status. (fs. 19-21 y 53 -55)
- De acuerdo con el certificado expedido el 31 de mayo de 2005 por la Secretaría de Educación Distrital que la demandante devengó desde el 30 de enero de 2004 a 01 de mayo de 2005, sueldo básico, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad (f.. 22).
- Según el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios, suscrito por la FIDUPREVISORA el 12 de diciembre de 2013, la demandante devengó en su último año de haber adquirido el status de pensionada: asignación básica, prima de alimentación, prima de navidad y prima de vacaciones (f. 33)
- Mediante Decreto 0444 de 11 de abril de 2012 la Secretaría de Educación Distrital aceptó la renuncia de la demandante en el cargo de Docente Grado 13 en el Escalafón Docente que ocupaba en la Institución Educativa de Fredonia (f. 28).

7.7. Análisis de las pruebas frente al marco jurídico

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad de la Resolución No 208 del 31 de octubre de 2005, mediante la cual se otorgó la pensión de jubilación sin la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al haber adquirido el status de pensionada.

La entidad demandada liquidó la pensión de jubilación de la accionante tomando como factor salarial, solo la asignación básica que devengaba (Fs. 19 - 21).

Ahora bien, se acreditó que la demandante fue afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio dada su calidad de docente y acorde con lo dispuesto por la Ley 91 de 1989, circunstancia que la excluye de la aplicación del sistema



general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 y las normas que posteriormente la modificaron o reglamentaron, por lo que su derecho pensional está reglado por las normas anteriores, aplicables a los empleados públicos, conforme al marco normativo antes analizado.

Adicionalmente se pudo constatar que la demandante adquirió status pensional el día 21 de junio de 2005 (f. 20), fecha en que alcanzó los 55 años de edad (los 20 años de servicios prestados los había cumplido desde antes), razón por la cual dicha prestación se encuentra sometida a la Ley 33/85, modificada por la Ley 62/85.

Ahora bien, se probó igualmente que para el día 13 de febrero de 1985 (fecha de vigor de la L. 33/85) la accionante no había cumplido con los requisitos para acceder a la pensión, destacándose que tampoco hace parte de un régimen especial de pensiones, circunstancia que le impedía exceptuarse de su aplicación, de lo cual se deduce que su situación pensional se rige íntegramente por las normas contenidas en ella, así como por la modificación introducida por la Ley 62 de 1985, tal y como lo consideró el A quo.

Luego, la pensión de jubilación debía serle liquidada con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse, por las razones expuestas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación descrita previamente.

El apoderado de la parte demandada reconoció en el recurso de apelación que el régimen aplicable al accionante en calidad de docente es el contenido en la Ley 33 de 1985 y en la Ley 62/85, pero considera que dicha ley y la jurisprudencia Constitucional (sentencia C-258/13) son claras en establecer que las pensiones de los empleados oficiales se liquidarán **sobre los factores que hayan servido de base para calcular los aportes**, siempre y cuando sean de aquellos taxativamente señalados en dichas normas, pues el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, señala que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de dicha norma a cuyo cargo se encuentre obligado el Fondo, no podrá ser diferente de la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

El argumento anterior desconoce que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, entre otras decisiones en la sentencia de unificación descrita previamente y que ha sido reiterada en múltiples oportunidades, han señalado que las entidades encargadas del reconocimiento y pago de las pensiones no pueden excusarse, para disminuir el monto de las pensiones de los empleados, en que los empleadores no efectúan los aportes o cotizaciones teniendo en cuenta todos los factores salariales, pues la obligación de hacer dichos aportes no corresponde al empleado sino al empleador, quien debe asegurarse de



hacerlos en la forma y los estrictos términos establecidos por la Ley; y en todo caso las entidades que recaudan los aportes tienen el derecho y el deber de ejercer las acciones que correspondan para recaudar las cotizaciones no efectuadas por el empleador.¹⁰

Si bien las normas y criterios en que se apoya el apelante tienen por objeto garantizar el equilibrio del sistema general de seguridad social en materia de pensiones, lo cierto es que el mismo se asegura, disponiendo en la sentencia, que del valor de la condena a favor del al demandante por concepto de reliquidación se hagan los descuentos de las sumas de dinero a su cargo por concepto de los aportes en seguridad social que no fueron percibidos oportunamente por el respectivo fondo de pensiones, en el evento en que el empleador no haya hecho los descuentos oportunamente con base en todos los factores salariales que el empleado devengaba.

El criterio que utiliza el demandante según el cual únicamente deben considerarse como ingreso base de liquidación los factores salariales señalados expresamente en la ley, desconoce el principio de primacía de la realidad sobre las formas, y justifica que el Estado, mediante la simple denominación de un factor salarial desconozca la verdadera naturaleza del salario.

¹⁰ En la sentencia T-079-16, la Corte Constitucional precisó: "El éxito de la gestión que deben cumplir las administradoras de pensiones como responsables de la guarda, custodia y tratamiento de la información consignada en las historias laborales de sus afiliados depende, en gran medida, de que los empleadores cumplan con su deber de consignar los aportes pensionales de sus empleados en la oportunidad prevista para ello. Tal circunstancia, sin embargo, no exime a esas entidades de perseguir el pago de esos aportes a través de las vías correspondientes. - Las amplias facultades que el legislador les atribuyó con ese objeto impiden que los efectos del pago extemporáneo de esas cotizaciones se les trasladen a los afiliados. Esta corporación ha sido enfática al respecto. En su criterio, la mora del empleador en el pago de los aportes no puede justificar retrasos ni inconsistencias en el trámite de reconocimiento de las prestaciones económicas que amparan las contingencias cubiertas por el Sistema de Seguridad Social. El traslado efectivo de los aportes a la cuenta del afiliado no puede convertirse, tampoco, en un obstáculo para efectuar tal reconocimiento. - 36. Existe, en efecto, una regla jurisprudencial consolidada respecto de la imposibilidad de trasladarles a los trabajadores las consecuencias negativas de la mora del empleador y de la falta de gestión de las administradoras en el cobro de los aportes. Tal regla ha sido estructurada considerando que el sistema de pensiones opera sobre la base de una relación tripartita, a cuyas partes –trabajador, empleador y administradoras de pensiones- les fueron atribuidas responsabilidades concretas. - Los trabajadores son los beneficiarios de las prestaciones económicas amparadas por el sistema. En tal condición, su rol se restringe a la acreditación de los presupuestos legales de acceso a cada una de ellas. A los empleadores, por su parte, se les responsabilizó del pago de su aporte y del de los trabajadores a su servicio. Eso implica que deban descontar del salario de sus empleados el monto de la cotización que les corresponda y trasladar tales sumas a la administradora, junto con las que a ellos les corresponden, dentro de los plazos previstos por el gobierno.[61] Las administradoras deben recibir los aportes efectuados por el empleador –o por el trabajador, si es independiente-, cobrar los pagos que el empleador o el trabajador independiente no efectúen en los plazos contemplados para ello[62] y reconocer las pensiones, cuando efectivamente se causen. - 37. La tarea de cobrar los aportes pensionales que no hayan sido oportunamente trasladados se cumple a través del ejercicio de las herramientas que el legislador les concedió a las administradoras de pensiones con ese objetivo. El artículo 24 de la Ley 100 de 1993 las faculta para adelantar las respectivas acciones de cobro. El 57 le atribuye a Colpensiones, como administradora del régimen de prima media, la facultad de adelantar procesos de cobro coactivo.



De acuerdo con la sentencia de unificación del Consejo de Estado examinada previamente, por salario deben entenderse incluidas "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, y es evidente que tienen ese carácter las sumas que la demandante percibió en el año anterior a la adquisición del estatus pensional – octubre de 2004 a octubre de 2005-, los factores de prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de vacaciones, sueldo básico (f. 33), es claro que se impone la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado, pues al expedirlo no se tuvo en cuenta que, tratándose de la liquidación de pensiones de jubilación, las normas aplicables al caso se deben interpretar de cara a los postulados y principios constitucionales que propenden por la favorabilidad y progresividad.

Por lo anterior, deberá ser confirmada la sentencia apelada.

7.8 Condena en costas en segunda instancia.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante¹¹.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹¹ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



VIII.- FALLA

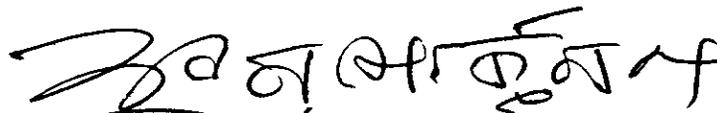
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1° de junio de 2015 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena en el proceso de la referencia.

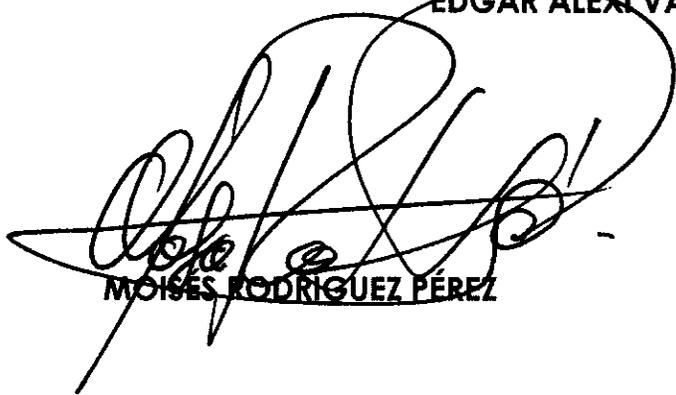
SEGUNDO. Condenar en costas procesales en segunda instancia a la parte demandada, las cuales que serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Acción	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-012-2014-00017-01
Accionante:	Noris Esther Barrios Gándara
Accionado:	Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.
Tema:	Reliquidación pensión docente
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras