

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil diez (2010).

**EXPEDIENTE NÚMERO: 150012331000200502159-
01**
NÚMERO INTERNO: 1738-2008
AUTORIDADES NACIONALES
ACTOR: HERNANDO BUITRAGO PÉREZ

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 24 de enero de 2008, por la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá, accedió a las pretensiones de la demanda formulada por HERNANDO BUITRAGO PÉREZ contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

LA DEMANDA

HERNANDO BUITRAGO PÉREZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Boyacá declarar la nulidad parcial del siguiente acto:

- Resolución No. 0130 de 6 de abril de 2005 proferida por el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Boyacá, la cual, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación del actor, en cuantía de \$1.251.611 teniendo en cuenta el salario devengado entre el 23 de febrero de 2003 y el 23 de febrero de 2004, y como factores salariales incluyó sólo la asignación básica, a partir del 24 de febrero de 2004.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar al accionado a:

- Reconocer su pensión de jubilación teniendo en cuenta los incrementos porcentuales establecidos por el Gobierno Nacional, las primas y demás emolumentos que constituyen salario, en cuantía del 75% y efectiva a partir del 23 de febrero de 1999, fecha en que adquirió el status pensional (50 años de edad y 20 años de servicio).

- Pagar la indexación o corrección monetaria sobre las mesadas adeudadas desde el 23 de febrero de 1999, y hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones.
- Reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, conforme al artículo 177 del C.C.A.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.
- Pagar las costas procesales.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

La Asamblea del Departamento de Boyacá mediante Ordenanza No. 2 de 1946 estableció el reconocimiento de una pensión de jubilación, cuando el empleado u obrero cumpla los 50 años de edad, después de 20 años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos y jornales devengados durante los tres últimos años.

Presentó solicitud de reconocimiento y pago de su pensión de jubilación ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en Boyacá, por cumplir los requisitos exigidos por la ley, 50 años de edad y 20 años de servicio como Docente Oficial.

Mediante Resolución No. 0130 de 6 de abril de 2005, la Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Boyacá le reconoció la pensión de jubilación efectiva a partir del 24 de febrero de 2004, cuando cumplió los cincuenta y cinco años de edad y veinte años de servicio.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58.

La Ley 33 de 1985.

La Ley 4 de 1966.

La Ordenanza No. 02 de 1946.

Considera el actor que con el acto acusado la entidad demandada vulneró las normas citadas, por cuanto:

La Ley 91 de 1989 dispone en su artículo 15 que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán el régimen de cada entidad territorial, para docentes nacionalizados o del orden nacional vigente para el sector educativo.

La Ley 33 de 1985, la cual es de carácter general u ordinario, exceptúa expresamente a los empleados oficiales que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones como es el caso de los docentes, por lo cual, la norma de aplicación inmediata para determinar los requisitos pensionales es la Ordenanza No 2 de 1946, que definió la edad de 50 años, la compatibilidad de la asignaciones y la liquidación con todos los factores salariales y demás reglamentos y jurisprudencia concordantes.

Está vinculado al servicio de la Educación Estatal con anterioridad a la vigencia de la Ley 91 de 1989 y antes del 1º de enero de 1981, por lo que, en materia pensional está cobijado por lo expuesto en la Ordenanza No 2 de 1946. La cual, a la fecha no ha sido acusada de presentar vicios de legalidad, ni declarada nula por autoridad jurisdiccional competente, por lo tanto, quienes cumplan los requisitos mencionados por ésta, tienen derecho al reconocimiento de la pensión.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio acudió oportunamente a dar contestación a la demanda, oponiéndose en su

escrito a todas y cada una de las pretensiones propuestas, con los siguientes argumentos (Fls. 39 a 41):

No tienen vocación de prosperidad las pretensiones, dado que el presupuesto de hecho en manera alguna se ajusta para que el actor sea titular de los derechos que alega le sean reconocidos

El demandante debe acreditar el cumplimiento de lo estipulado en la Ley 33 de 1985, para acceder a la pensión de jubilación, momento en el cual, se le reconocerá la prestación.

El actor para fundamentar sus pretensiones invoca la Ordenanza No. 2 de 1946, la cual es inaplicable, según lo ha indicado el Consejo de Estado.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia de 24 de enero de 2008, accedió a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad parcial de la Resolución No. 0130 de 6 de abril de 2005 y ordenando la inclusión de los factores de: asignación básica, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de alimentación a la base de liquidación de la pensión de jubilación con los siguientes argumentos (Fls. 122 a 129):

En materia de pensión ordinaria de jubilación, los docentes no gozan de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios sobre esta prestación.

Los regímenes especiales se caracterizan por tener disposiciones expresas que señalan condiciones propias respecto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general, las cuales, no se dan para los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de régimen especial de pensiones.

La disposición contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, consagró que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, o por las que se expidan en el futuro, mientras que los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán el régimen vigente hasta entonces en su respectiva entidad territorial.

El legislador reglamentó el régimen de prestaciones derogando las normas que le fueron contrarias, que incluyen las ordenanzas por ser inconstitucionales e ilegales, por lo tanto, la Ordenanza

No. 2 de 1946 no tiene la virtualidad de revivir normas territoriales referidas a pensión de jubilación, en consecuencia, hay que remitirse a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, entre las cuales está la Ley 33 de 1985.

Las normas que le son aplicables al actor son las del régimen de transición contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que, a la entrada en vigencia de la ley contaba con más de 40 años de edad, asimismo, superaba los 15 años de servicio como docente, por lo tanto, tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad y 20 años de servicio conforme a lo consagrado con el régimen anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, la Ley 33 de 1985.

Para la reliquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta el salario base de liquidación, equivalente al 75% de la asignación mensual que hubiere devengado en el último año de servicios, asignación que comprende el salario básico, con todos los factores salariales reconocidos y pagados como retribución por el servicio según lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, en este sentido, los factores a tener en cuenta para el caso son: la asignación básica, la prima de vacaciones, la prima de alimentación, y la prima de navidad.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada sustentó el recurso de apelación, interpuesto dentro de la oportunidad legal, contra la sentencia del *a quo* pidiendo su revocatoria, por las siguientes consideraciones (Fls. 134 a 136):

No le asiste la razón al *a quo* frente a la aplicación de la Ley 100 de 1993, pues los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están exceptuados de la misma, conforme a lo dispuesto en su artículo 279 y la Ley 812 de 2003.

El Tribunal a pesar de determinar que el régimen aplicable al caso que se juzga, es el de la Ley 33 de 1985, ordenó incluir factores que la misma ley no contempló.

CONSIDERACIONES

El marco de juzgamiento que delimita la segunda instancia lo constituye la inconformidad de la entidad apelante, que en este caso se limita a que, (i) no se puede dar aplicación a lo previsto por las normas del Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993) en relación al régimen de transición, (ii) a pesar que el

actor es beneficiario de la Ley 33 de 1985 considera que no es acertado incluir factores devengados en el último año de servicios que las disposiciones pertinentes no contemplan, razón por la cual, la Sala centrará su análisis únicamente sobre estos dos aspectos.

El problema jurídico consiste en determinar si procede la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- El 6 de abril de 2005, mediante Resolución No.0130, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales le reconoció al actor la pensión de jubilación teniendo en cuenta el salario devengado entre el 23 de febrero de 2003 y el 23 de febrero de 2004, y como factores salariales incluyó sólo la asignación básica, a partir del 24 de febrero de 2004, en cuantía de \$1.251.611 (Fls. 17 y 18).
- De acuerdo con la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá del 10 de julio de 2007, el demandante prestó servicios en el nivel Básica Secundaria,

como Nacional en forma continua, con una vinculación desde el 1º de marzo de 1973 (Fl.70).

- El 26 de marzo de 2004 la Secretaría de Educación de Boyacá certificó que en el último año de servicios, de febrero de 2003 a febrero de 2004, el actor devengó los siguientes factores: asignación básica, prima de vacaciones, prima de alimentación y prima de navidad (Fls. 49 y 50).

De conformidad con el anterior acervo probatorio, procede la Sala a establecer el marco jurídico que regula el tema, para así determinar si el actor tiene derecho al reajuste ordenado por el *a quo*, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ORDINARIA DE LOS DOCENTES OFICIALES

La Ley 115 de febrero 8 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, publicada el 8 de febrero de 1994 en el Diario Oficial No. 41214, dispone:

*“Art. 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. **El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.**”*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores” (Destacado por la Sala).

Por su parte, la Ley 100 de 1993 consagró en su artículo 279, las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social allí contenidas, preceptuando:

“Art. 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

*Así mismo, **se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989**, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...).”(Destacado por la Sala).*

Así las cosas, el Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es

otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

En virtud del proceso de nacionalización de la educación (Ley 43 de 1975) se expidió la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados, y territoriales, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional de dicho personal:

En su artículo 15 la citada ley estableció:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley (...).”

Así las cosas, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Para resolver el punto es necesario, entonces, hacer alusión a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las cuales se encuentra la Ley 33 de 1985.

Está probado en autos, que el actor en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el 1º de marzo de 1973, 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.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 no sólo equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación sino que estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se consagraron unas excepciones:

“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 por ciento (75%) 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.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 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 años (50) de edad, si

son mujeres, o 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 (...)”.

El inciso segundo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedarán sujetos a la regla antes transcrita, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Por disposición del artículo 3° del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital, y Municipal, son empleados oficiales de régimen especial. La especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros.

Los docentes oficiales han disfrutado de algunas prerrogativas, como la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5°), algunos gozan de la denominada pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), prestaciones que reiteran las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, artículo 279 y 115 de 1994, artículo 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

No obstante lo anterior, en materia de pensión ordinaria de jubilación los docentes no disfrutaban de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad.

Bajo estos supuestos, no se cumple la exigencia del inciso segundo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues el demandante no goza de un régimen especial para el reconocimiento de su pensión de jubilación ordinaria.

Ahora bien, el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 consagró la posibilidad para los empleados oficiales de continuar sometidos a las disposiciones anteriores, pero con la condición de que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, al 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la ley mencionada.

Sin embargo, el actor tampoco cumplía con las exigencias señaladas en la anterior disposición, pues, para el 13 de febrero de 1985, fecha de la promulgación de la Ley 33 de 1985, sólo tenía como tiempo de servicio once (11) años, once (11) meses y doce (12) días, debido a que entró a laborar el 1º de marzo de 1973.

En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado al actor debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 33 de 1985, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional.

Y bajo esta ley para tener derecho a dicha prestación, se exige que el empleado de cualquier orden (territorial, nacional, etc) haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad, requisitos acreditados por el actor¹.

De los factores

En los términos del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración estaría constituida así:

*“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*

¹ (i) Nació el 23 de febrero de 1949 y (ii) laboró por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1973 y el 23 de febrero de 2004 (fecha del status) (Fl.17).

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.(...)”.

Ahora bien, ante la diversidad de criterios existentes en esta materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito², retomó el análisis de los factores a reconocer en la base de liquidación pensional de los reconocimientos efectuados bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes normativos y jurisprudenciales, arribando a las siguientes conclusiones:

(...)

Entonces, para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación siempre debe partirse de la base que ésta constituye una prestación producto de los aportes efectuados por el trabajador y, por lo tanto, debe otorgarse en forma óptima con el fin de no afectar sus condiciones de existencia al momento de retirarse definitivamente del servicio.

(...)

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a

² Sentencia del 4 de agosto de 2010; Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicado interno No. 0112-2009. ACTOR: Luis Mario Velandia.

desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

(...)

De ahí que, interpretar 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 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.

(...)

(...)es preciso 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 ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios³.

(...)

Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda⁴.

(...)

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 Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Al respecto ver la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda de esta Corporación, Consejera ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01), Actor: Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.

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.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, 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.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas

primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional⁵” (Subrayado por la Sala).

Posición que se adopta para la solución del presente caso, con base en los argumentos expresados en dicha ocasión, en consecuencia, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Durante el último año de servicio, 2004, el actor devengó, según la certificación (Fls. 49 y 50) los siguientes factores: asignación básica, prima de vacaciones, prima de alimentación y prima de navidad (Fls. 49 y 50).

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Boyacá liquidó la pensión del demandante teniendo en cuenta sólo la asignación básica.

El *a quo* ordenó la inclusión de todos los factores percibidos por el actor durante el último año de servicios asignación que comprende (Fl. 128), asignación básica, las primas de alimentación, navidad, y vacaciones.

⁵ Al respecto, ver el concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

En consecuencia, esta Sala difiere lo considerado por el Tribunal en relación con la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al caso que se juzga, pues como ya se dejó claro anteriormente, la misma ley en su artículo 279 exceptúa a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sin embargo, respecto a la aplicación de la Ley 33 de 1985, compartimos este criterio, pero conforme a lo expresado anteriormente.

Así las cosas, el monto de la pensión del actor fue reliquidado por el *a quo* teniendo en cuenta para dichos efectos los factores salariales por él percibidos en el último año, por lo tanto, es imperioso para la Sala confirmar la sentencia apelada.

Sin perjuicio de que la entidad pueda descontarle los aportes correspondientes a los factores sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMESE la sentencia de 24 de enero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por HERNANDO BUITRAGO PÉREZ contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA