

SAC-23-04-08

Bogotá,

Doctor
ALBEIRO ARENAS FLOREZ
albeiroaren@hotmail.com

REF: Su comunicación 2007ER22048 – 2008ER12460

Respetado doctor:

En atención a sus comunicaciones de la referencia por medio de las cuales solicita se pronuncie esta entidad en relación con la expedición de la ley 1151 de 2007 al derogar el artículo 3° del decreto 3752 de 2003, la aplicación de la nueva normatividad y su interpretación con base en el principio universal de favorabilidad, lo mismo que la vigencia del artículo 45 del decreto 1045 de 1978, ley 71 de 1988 y decreto 1160 de 1989, le manifiesto lo siguiente, no sin antes advertir que el presente concepto está emitido bajo los términos establecidos en el artículo 25 del C. C. A.

NORMATIVA APLICABLE

Desde la expedición de la ley 6ª de 1945 se han establecido 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 derecho¹.

Los factores salariales para pensión están establecidos en el decreto 1045 de 1978. No obstante mediante ley 33 de 1985 se determinó en su artículo primero que el pago mensual de la pensión de jubilación sería al equivalente del **75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio**, no estando sujetos a la norma aquellos que disfruten de un régimen especial de pensiones.

Los docentes como servidores públicos que son y sin que estén cobijados por régimen especial de pensiones tal y como lo ha determinado la jurisprudencia, en la cual se ha dejado claramente definido que la ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las leyes 6a de 1945 y 33 de 1985 siendo así que los docentes que pertenecían al orden departamental, nacionalizados por virtud de la Ley 43 de 1975, cuyas prestaciones se causen hasta la fecha de promulgación de la citada Ley 91 de 1989, las normas que gobiernan el aspecto pensional son, según el caso, las Leyes 6a de 1945 y 33 de 1985².

El artículo 3° de la ley 33 de 1985 fue modificado por la ley 62 de 1985 estableciendo la norma los factores a tener en cuenta para efectos de base de liquidación de los aportes para las entidades de previsión y los cuales deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento de pensión, señalando que en todo caso las pensiones de los servidores públicos siempre deben liquidarse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Ahora bien, en el artículo 81 de la ley 812 de 2003 señala que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Norma que al ser reglamentada por el decreto 3752 de 2003 en su artículo 3 señala: 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

¹ Artículo 20 ley 6ª de 1945 y 2º de la ley 4ª de 1966

² Ver sentencias del Consejo de Estado sección segunda: agosto 10/06 exp. 5305-05 - agosto 31/06 exp. 5625-05 - diciembre 1/05 exp. 3186-05. Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 760, 18 de diciembre de 1995

Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente de la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente, de tal suerte que al haber sido derogada la norma por la ley 1151 de 2007 perdió su vigencia y su aplicabilidad en el ámbito jurídico.

El principio de favorabilidad y de la inescindibilidad de la ley se halla consagrado en el régimen laboral colombiano como aquel que opera ante la coexistencia de dos o más normas laborales de distinto origen formal razonablemente susceptibles de ser aplicadas o cuando existiendo una sola norma ésta admite varias interpretaciones, de tal forma que la norma que se adopte debe aplicarse en su integridad, sin que este permitido el aceptar como interpretación correcta de una norma la que proponga el trabajador, o exigir la aplicación de la norma sobre favorabilidad o inescindibilidad cuando una de ellas carece de validez, puesto que en rigor la norma reputada ineficaz no tiene existencia jurídica.³

En este orden de ideas tenemos que al haber sido derogado expresamente el decreto 3752 de 2003 por la ley 1151 de 2007, deben aplicarse las normas existentes con anterioridad sin que ello vulnere el principio de favorabilidad o inescindibilidad señalado en la Constitución y la ley

Atentamente

JORGE ALBERTO BOHORQUEZ CASTRO

Jefe Oficina Jurídica

Rdo: 2008ER22048 – 2008ER12460

ERU/Mis documentos/MEN/CONCEPTOS

³ C S de J Sala Laboral sentencia de sept. 4/92 M. P. Dr. Hugo Suescún