



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN.**

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

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

RADICADO: 700013333003-2015-00117-01
M DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEMANDANTE: FRANCISCO MANUEL BALDOVINO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FNPSM¹

OBJETO DE LA DECISIÓN.

El Tribunal decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de enero de 2017 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA²

El señor **FRANCISCO MANUEL BALDOVINO**, por conducto de apoderado judicial a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, **solicitando** que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, por la no respuesta a la petición formulada el día 16 de septiembre de 2014, en la que solicitaba el reconocimiento y pago de los incrementos pensionales del 14% sobre la pensión de vejez por tener a cargo a su cónyuge.

A título de restablecimiento pretende que se condene a la Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar a título de indemnización a favor del demandante, los incrementos pensionales de 14% sobre la pensión de vejez que le fue reconocidas mediante resolución N° 0382 de 8 de mayo de 2012, por tener a cargo a su conyugue EDUVIGES ARRIETA MONTES DE OCA, debidamente indexada, conforme al IPC.

¹ Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
² Folios 1-8 cuaderno de primera instancia.

Como **fundamentos fácticos**, en la demanda se afirmó que:

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio mediante resolución N° 0382 de 8 de mayo de 2012, le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 29 de enero de 2012.

Nunca se le ha cancelado los incrementos pensionales a pesar de tenerlo, pues el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 determinó que las pensiones de invalidez y de vejez se incrementarían con un 14% sobre la pensión si el conyugue o compañero permanente dependa económicamente del pensionado y no disfrute de una pensión.

Han transcurrido más de 3 meses desde la fecha de la presentación de la petición de reconocimiento de los incrementos pensionales contemplados en el artículo 31 de Decreto 758 de 1990 y 21 del Acuerdo 049 de 1990 sin obtener respuesta configurándose de esta manera un silencio administrativo

En el acápite de **normas violadas y concepto de violación**, la parte demandante señaló que con la expedición del acto administrativo demandado se vulneran los artículos 2, 11, 13, 53, 128, y 209 de la Constitución Política de Colombia y los artículos 46 y siguientes de la ley 100 de 1993, argumentando que el régimen aplicable en relación con los requisitos exigidos para el trámite y reconocimiento del incremento pensional de un docente, está ajustado en el acuerdo 049 de 1990 y la ley 100 de 1993, en plena armonía con el artículo 53 de la Constitución Nacional que establece la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Agrega, que si bien es cierto los docentes tiene un régimen especial, jurisprudencialmente se ha dicho que se debe dar aplicación a las normas que resulten más favorable al trabajador, que en este caso se le debía aplicar el acuerdo 049 de 1990 – Ley 100 de 1993, toda vez que esta contempla un beneficio a favor de un grupo de persona, al cual el demandante también tiene derecho.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³.

3 Folios 54-73 cuaderno de primera instancia.

La parte demandada se opone a la pretensiones de la demanda, solicitando sean negadas por cuanto carecen de fundamentos de hecho y de derecho, manifestando frente a los hechos que son solo apreciaciones subjetivas de la parte demandante.

En las razones de la defensa, luego de citar las normas que regulan el trámite de las solicitudes de prestaciones que reconoce el FNPSM, consideró que el incremento del 14% pretendido no era procedente, pues a partir de la Ley 100 de 1993, las únicas prestaciones a reconocer a los docentes eran la pensión de jubilación, vejez, sobrevivientes y la pensión de invalidez, razón por la cual, estima no hay violación de las normas vitadas como violadas por la parte actora.

Por último, formuló las excepciones que denominó: I) inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, bajo el entendido que no es procedente el reconocimiento solicitado dado que la pensión cuyo incremento se pide, se concedió al amparo de la ley 100 de 1993 y demás normas concordante, la cual derogó toda la normatividad anterior y sin perjuicio de los derechos adquiridos conforme a las leyes vigente; ii) buena fe, señalando que la entidad ha actuado con la más absoluta buena fe; iii) solicitó el reconocimiento de cualquier hecho exceptivo que aparezca demostrado.

1.3 AUDIENCIA INICIAL – FIJACIÓN DEL LITIGIO.⁴

La audiencia inicial se llevó a cabo el 23 de agosto de 2016, señalándose en la fijación del litigio, que el problema jurídico del proceso se establecía en, ¿determinar si la NACION MINISTERIO DE EDUCACIÓN FNPSM debe reliquidar la pensión de jubilación del señor FRANCISCO MANUEL BALDOVINO en el ingreso base de liquidación en un 14% de conformidad con lo establecido en el artículo del Decreto 758 de 1990 y el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por no encontrarse su cónyuge disfrutando de pensión alguna y dependiendo económicamente de él?; planteamiento frente al cual las partes se manifestaron totalmente de acuerdo.

1.4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵.

4 Ver acta de audiencia obrante a folios 97 y CD de grabación de la audiencia inicial(FOLIO 99)

5 Folios 109-114 cuaderno de primera instancia.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, profiere sentencia por fuera de audiencia el 27 de enero de 2017, negando las pretensiones de la demanda y condenando en costas a la parte demandante.

Para el efecto, el A quo estimó que para poder entrar a estudiar la procedencia o no del reconocimiento del incremento pensional solicitado en esta demanda, es preciso que se cumplan con los requisitos antes mencionados dispuestos en la normatividad y que además de ello la pensión del actor haya sido reconocida en virtud de las normas invocadas; esto es, el Decreto 758 de 1990. Al análisis del caso concreto, expresó:

"Se encuentra debidamente probado que, el señor FRANCISCO MANUEL BALDOVINO HERNÁNDEZ, es pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante resolución 0382 del 8 de mayo de 2012.

Igualmente se encuentra debidamente probado, que se presentó petición el día 16 de septiembre de 2014, en la Secretaría de Educación de Sucre, solicitando el incremento de 14% de su pensión, por tener a su cargo a su cónyuge

Que el actor tiene a cargo a su conyugue la señora EDUVIGES DE JESUS ARRIETA MONTES y que depende económicamente de él.

Ahora bien, el demandante expresa en el concepto de violación, que en virtud del derecho a la igualdad se le extienda el beneficio del incremento del 14% pensional por tener a su cónyuge a cargo como lo disponen las normas del Decreto 758 de 1990 y el Acuerdo 049 de la misma anualidad. Sin embargo de conformidad con la normatividad y la jurisprudencia ya analizada no es posible acceder a esta solicitud, toda vez que las normas en las cuales se contempla este beneficio, no le son aplicables, teniendo en cuenta que la pensión del actor fue reconocida de conformidad con la Ley 33 de 1985 en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993 y no con el Decreto 758 de 1990, y aun cuando hipotéticamente fueren aplicables, el actor no tendría derecho al mismo, puesto que este incremento está dispuesto para quienes devengan una pensión mínima, es decir, una pensión correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente, el cual para el año 2016 está estimado en SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$689.454), y la mesada pensional del demandante estaba estimada para el año 2012, con la reliquidación efectuada, en DOS MILLONES SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS (\$2.074.740), suma que supera el salario mínimo estimado para esta anualidad; así de conformidad con los incrementos anuales hoy día es superior. Teniendo en cuenta lo anterior no existe violación al derecho a la igualdad, toda vez que no hay trato diferenciado injustificado, que esté vulnerando los derechos del actor. En virtud de ello no es posible acceder al incremento solicitado en la demanda" (SIC)

1.4. RECURSO DE APELACIÓN⁶.

Inconforme con la sentencia, la parte demandante formuló recurso de apelación solicitando sea revocada y se acceda a lo pretendido en la demanda, esto es, el reconocimiento del incremento pensional del 14% por personas a cargo.

La P. Demandante expresa que se excluye la posibilidad que se apliquen los incrementos solicitados en virtud de otros regímenes, tales como la Ley 33 de 1985 o regímenes especiales como los docentes, Ecopetrol, Fuerza Pública o normas posteriores como la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003 y 860 de 2003, incluso para pensiones reconocidas en virtud de convenciones colectivas de trabajo o de manera voluntaria por el empleador, violando el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, que expresamente consagra dicho beneficio para las pensiones de vejez y de invalidez de origen común, lo cual es una violación al principio de favorabilidad y de igualdad.

Señala asimismo, que:

"Teniendo en cuenta que las personas involucradas (el actor y su cónyuge) son personas de la tercera edad, cuyo único ingreso para solventar sus necesidades básicas, es la pensión del peticionario, y en aplicación del principio de favorabilidad y de igualdad, precepto constitucional, que debe ser utilizado para dirimir el conflicto de interpretaciones sobre la norma invocada, se debe aplicar al caso concreto la que sea más beneficiosa para el pensionado, y no despojarlo de toda posibilidad de acceder a este beneficio con el cual lo que se busca es garantizar unas condiciones mínimas de su núcleo familiar.

La negativa al reconocimiento y pago de la prestación solicitada, vulnera los derechos a la vida digna y a la seguridad social, pues el no reconocimiento de dicha prestación, tal y como el ordenamiento jurídico lo está autorizando, compromete las condiciones mínimas de vida no solo del actor, sino de su cónyuge, quien no tiene ingresos y depende económicamente del demandante.

Respecto de los requisitos para acceder a este beneficio, la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la sentencia de tutela T-831-14, expresó: "De lo anterior se concluye que estos incrementos sólo se consolidan a favor del solicitante si (i) tiene una pensión mínima, (ii) tiene a su cargo cónyuge o compañero(a) permanente; siempre y cuando (iii) exista dependencia económica y no se encuentre recibiendo ingreso alguno. Es decir, siendo íntegramente cumplidos los anteriores requisitos, es posible acceder a la prestación, al punto que si no concurren los mismos, tal como se advierte en la disposición mencionada, tal derecho se extinguiría.

En cuanto a la expresión "Pensión Mínima", discrepo de la apreciación dada a dicha expresión por que en ningún aparte de la norma invocada hace referencia a que se trate de la pensión que equivalga al SMMLV, esta interpretación es extensiva y se aparta del espíritu de la norma, con esta consideración de igual forma se está vulnerando principios constitucionales como IGUALDAD frente a pensionados con pensiones iguales al SMMLV quienes a criterio del juez

6 Folios 118-119 cuaderno de primera instancia.

de instancia son los únicos en tener derecho a lo que mi mandante reclama" (sic)

1.5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSION Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁷.

El 28 de abril de 2017 se admitió el recurso de apelación y en auto del 9 de junio de 2017 se corrió traslado para presentación de alegatos por escrito y concepto del ministerio público; oportunidad procesal en la que solo se pronuncia la parte demandada, pero bajo argumentos que no guardan relación con el tema objeto de Litis⁸, razón por la cual, la Sala se abstiene de mencionarlos. El delegado del Ministerio Público no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA. El Tribunal es competente para resolver la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Lo constituye el acto administrativo ficto que surge como consecuencia de la ausencia de respuesta a la petición de fecha 16 de septiembre de 2014⁹, mediante el cual se entiende negado el incremento pensional del 14% por personas a cargo, efectuada por el señor FRANCISCO MANUEL BALDOVINO

2.3. EL PROBLEMA JURÍDICO.

Acorde con los antecedentes reconstruidos, corresponde determinar a la Sala en segunda instancia, si el señor FRANCISCO MANUEL BALDOVINO, a quien se le reconoció pensión jubilación como docente por parte del FNPSM, tiene derecho a que la entidad demandada incremente en un 14% su pensión de vejez por cónyuge a cargo, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

7 Folios 1- 22 cuaderno de segunda instancia.

8 El memorial obrante a folios 16 al 20 del cuaderno de segunda instancia, se refiere en su contenido a reliquidación pensional por factores salariales.

9 Folios 10-14 cuaderno de primera instancia.

2.4. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

I. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE EL INCREMENTO DE LA PENSIÓN POR PERSONA A CARGO. Decreto 758 de 1990- Acuerdo 049 de 1990. Aplicación solo para afiliados del ISS.

Los incrementos de la pensión de vejez se encuentran contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en su artículo 21 que al respecto dispuso:

'INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión. (Negritas fuera de texto)

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal"

Al respecto, es oportuno precisar que contrario a lo expuesto por la entidad demandada en los actos administrativos que negaron el incremento, en el sentido que *"si bien es cierto la derogatoria del ACUERDO 049 DE 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, no es expresa, al crearse un nuevo "Sistema General del pensiones" que se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, cualquier norma que le sea contraria, como lo es la disposiciones en comento, debe entenderse derogada... solamente hay derecho a éstos son anterioridad a esta fecha, cuando se trate de un derecho adquirido, es decir cuando al entrar en vigencia el nuevo sistema ya se tenía el derecho pensional"*¹⁰, la Corte Suprema de Justicia¹¹ ha indicado que la Ley 100 de 1993 no reguló los incrementos de las pensiones; sin embargo, ello no significa que los hubiera derogado o que hubieran perdido su vigencia, por el contrario, la personas que hubieren adquirido su derecho pensional de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, como beneficiarios del régimen de transición, tienen derecho a que se les aplique el régimen anterior completamente, siempre que no sea contrario a la nueva legislación, de no ser así se

10 Fol. 10 C. Ppal.

11 SALA DE CASACIÓN LABORAL - DR. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ - Radicación N° 29751 - Acta N° 98 - Bogotá, D.C., cinco (05) de diciembre de dos mil siete (2007).

desconocería el principio de favorabilidad que se aplica en materia laboral y de inescindibilidad de la norma:

"En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida "las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley", variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción.

En este orden de ideas, al no disponer la Ley 100 de 1993 nada respecto de los incrementos de marras, los cuales de acuerdo a lo atrás expresado no pugnan con la nueva legislación, es razonable concluir como lo hizo el ad quem, que dicho beneficio se mantiene en vigor; se insiste, para el afiliado que se le aplique por derecho propio o por transición el aludido Acuerdo 049 de 1990.

Lo expuesto trae consigo para el caso en particular, que el derecho a los incrementos por personas a cargo y concretamente el equivalente al 14% sobre la pensión mínima legal por su cónyuge, ingresaron al patrimonio del demandante, a quien se le definió su prestación por vejez con base a la normatividad anterior al ser beneficiario del régimen de transición, y por tanto aunque éste hubiere completado requisitos para acceder a la pensión en vigencia de la nueva ley de seguridad social, el 16 de octubre de 1999, no es dable desconocer tal prerrogativa prevista en el citado Acuerdo del ISS 049 de 1990, cuando frente a dichos incrementos según se dijo, no operó la supresión o derogatoria expresa o tácita de la ley (artículos 71 y 72 del Código Civil), por virtud a que sus efectos en verdad jurídicamente no fueron abolidos, conservándose así su aplicación inobjetable en los términos del aludido artículo 31 de la Ley 100 de 1993, lo que de igual manera encuentra respaldo en la protección a la seguridad social que pregonan los artículos 48 y 53 de la Constitución Política" (negritas fuera del texto)

Ahora bien, el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, sobre los incrementos de las pensiones, también precisó:

"NATURALEZA DE LOS INCREMENTOS PENSIONALES. Los incrementos de que trata el artículo anterior, no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales y el derecho a ellos subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen. El Director General del ISS establecerá los incrementos necesarios para su control."

De conformidad con lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹², también ha establecido que como los incrementos pensionales no hacían parte de la pensión de invalidez o vejez, por cuanto se trataba de una prerrogativa cuyo surgimiento no era automático frente al estado de pensionado, el derecho prescribía o se extinguía por el transcurso del tiempo si dentro de los tres años, contados a partir del momento en el que se reconoció la pensión de vejez o de invalidez no se ejercía la acción correspondiente para su reconocimiento. No obstante, la Corte Constitucional en sentencia T-369 de 18 de junio de 2015, dispuso la imprescriptibilidad en materia pensional respecto del incremento pensional del 14% por cónyuge o compañera(o) permanente a cargo, veamos:

"La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en esa oportunidad resaltó que, ésta Corporación se ha pronunciado en maneras divergentes respecto de la prescripción de los incrementos señalados, y si la negativa del reconocimiento de dichos beneficios configura o no vulneración de derechos fundamentales. En unos casos, ha manifestado que los incrementos corren la misma suerte de la causa que les dio origen, de tal manera que si el derecho pensional es imprescriptible, así mismo lo serán los incrementos a que haya lugar, por lo tanto las sentencias atacadas vulneraban los derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social. En otros casos, ha negado la existencia de una causal específica de procedencia contra sentencia judicial indicando que el no reconocimiento de los incrementos solicitados no configura una violación a los derechos fundamentales del actor puesto que no estaban directamente ligados al mínimo vital del accionante.

En virtud de lo anterior, es claro que frente a este tema la posición de la Corte no ha sido unánime ni pacífica, por lo que resultaba necesario acudir al principio de favorabilidad en materia laboral ante la existencia de dos o más interpretaciones de la norma.

Conforme a este principio, la Corte Constitucional, consideró que en los casos bajo estudio se había presentado una causal de procedencia de acción de tutela contra providencia judicial por violación directa de la Constitución, por cuanto las autoridades judiciales "negaron el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge o compañero(a) permanente a cargo, al interpretar la norma aplicable al caso, es decir el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, en perjuicio de los actores, contrariando así el principio de favorabilidad en materia laboral y violando de tal manera la Constitución Política directamente".

En suma, según esta última posición, los incrementos pensionales referidos constituyen una prerrogativa, aplicada a la pensión mínima legal, a la cual se accede cuando el cónyuge o compañero (a) permanente del beneficiario depende de este y no disfruta de pensión alguna. Adicionalmente, el derecho a tal incremento subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen, con lo cual se entiende que el mismo puede ser reclamado en la medida en que persistan las condiciones que a él dieron lugar, por lo cual tal prerrogativa no se vería afectada por el fenómeno de la prescripción.

Así, esta Sala considera que, existiendo dos posibles interpretaciones del artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, la que mejor realiza los derechos fundamentales del actor es aquella aplicada en la Sentencia T- 217 de 2013 y posteriormente reiterada en la Sentencia T-831 de 2014, que resulta más favorable al peticionario, por cuanto en esas oportunidades la Corte consideró que el derecho en mención no se encuentra sometido a la regla de prescripción de las acreencias laborales de tres (3) años.

12 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN LABORAL - Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN - Rad No.27923 - Acta No.96 - Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil siete (2007).

En efecto, en ninguna de las normas citadas, que regulan el incremento bajo estudio, se establece que dicha regla deba ser aplicada al incremento en mención, pues al definirse la naturaleza del mismo, sólo se señala que el incremento del 14% sobre la mesada mínima por cónyuge a cargo subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen. De tal forma, lo considerado en dichos fallos respecto de la imprescriptibilidad del derecho en comento se encuentra en consonancia con el principio de favorabilidad, razón por la cual concluir que tal derecho se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción, en perjuicio de los peticionarios, contraría dicho principio, e implica una violación directa de la Constitución”.

Así las cosas, los incrementos pensionales son un privilegio aplicado a la **pensión mínima legal**, a la cual accede el pensionado cuando su cónyuge o compañero (a) permanente depende económicamente y no disfruta de pensión alguna, este incremento subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen, por tanto puede ser reclamado mientras perduren esas circunstancias y no se vería afectada por el fenómeno de la prescripción del derecho por no presentar la reclamación dentro de los tres años, contados a partir del reconocimiento pensional, lo contrario desconocería el principio de favorabilidad, por cuanto en materia laboral ante diferentes interpretaciones debe prosperar la más beneficiosa para el trabajador¹³.

A manera de ilustración, los requisitos que se deben reunir para que se reconozca el incremento pensional del 14%, son los siguientes: i) tener una pensión mínima; ii) tener a su cargo cónyuge o compañero(a) permanente, hijos menores o mayores discapacitados; Existir dependencia económica de éste último al no recibir ingreso alguno. Si desaparecen las causas que le dieron origen al incremento pensional, bien sea porque la persona que estaba a cargo fallece, se pensiona, o sobreviene divorcio o separación, se extingue para el pensionado el derecho a recibir el incremento pensional.

Frente al concepto de pensión mínima debe considerarse como tal aquella que se ajusta al salario mínimo legal, pues como lo establece el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, “el monto mensual de la pensión mínima de vejez no podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente”

Ahora bien, precisa la Sala que la aplicación del Decreto 758 de 1990, **para los afiliados y pensionados del ISS**, se realiza vía transición pensional, esto es, por mandato del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, situación que no acaece con los docentes, cuyo régimen pensional deviene directamente de la aplicación de la Ley 91

¹³ Este punto fue objeto de unificación por la Corte Constitucional a través de la sentencia SU 310 del 10 de mayo de 2017.

de 1989 y no en virtud del régimen transicional referido, como en líneas posteriores se precisa.

Se destaca igualmente lo dispuesto por el artículo 49 del Decreto 758 de 1990 que establece:

"ARTÍCULO 49. INCOMPATIBILIDAD. Las pensiones indemnizaciones sustitutivas que cubre el ISS, son incompatibles:

- a) Entre sí;
- b) Con las demás pensiones y asignaciones del sector público, y
- c) Con las pensiones de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988. Sin embargo, el beneficiario podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas

De la misma forma, en el artículo 1º del Decreto 758 de 1990, establece su radio de acción, aplicación y beneficiarios de las prestaciones económicas de dicha reglamentación, así:

"ARTÍCULO 1. AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:

1. En forma forzosa u obligatoria:
 - a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje;
 - b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y,
 - c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.
2. En forma facultativa:
 - a) Los trabajadores independientes;
 - b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y,
 - c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.
3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios."

De manera que en lo que interesa al caso concreto, los únicos servidores públicos que obligatoriamente estaban sometidos al régimen del seguro social obligatorio, eran aquéllos denominados *funcionarios de seguridad social*¹⁴, categoría correspondiente a

14 Los trabajadores vinculados a dicha entidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2324 de 1948, ostentaron la condición de trabajadores particulares. Posteriormente, a través del Decreto 433 de 27 de marzo de 1971, se dispuso que el ISS era una entidad de derecho social, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Dicho cambio de naturaleza generó, con la expedición del Decreto 1654 de 1977, la existencia en dicha

los servidores vinculados al ISS mediante relación legal y reglamentaria¹⁵, óptica desde la cual, se entiende lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, cuando señala que no cabe la posibilidad de una entidad distinta del ISS reconozca pretensiones del acuerdo 049 de 1990, si el mismo es privativo de los afiliados a éste; pues *resulta impertinente pedirle a la Caja Nacional de Previsión Social que reconozca las prestaciones estatuidas en el Acuerdo 049 de 1990, por cuanto esta disposición es propia de los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales.*¹⁶

II. DEL REGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. Inaplicación de normas reguladoras y reglamentos del ISS para afiliados al FNPSM.

Es reiterado por la jurisprudencia administrativa, que si bien el Decreto 2277 de 1979 o Estatuto Docente, consagraba que los docentes estaban sometidos a un régimen especial, tal especialidad no está referida a la pensión ordinaria de jubilación, pues el régimen al que están sometidos los docentes en esta materia no contemplan requisitos distintos a los estipulados en el régimen general de pensiones previstos para todos los empleados del sector público. En ese sentido, el Consejo de Estado ha insistido:

"El Decreto ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, entonces vigente, en su artículo 3º, dispuso que los educadores que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal son empleados oficiales de régimen especial. Según las previsiones del decreto la especialidad del régimen hace referencia, entre otros aspectos, a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales. Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar

institución de una categoría especial de empleados denominados "funcionarios de la seguridad social", correspondientes a aquellos que desempeñaran cargos asistenciales y administrativos. Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 413 de 1980, existió la condición de empleados públicos y funcionarios de la seguridad social. En el año 1992 se dio otro cambio fundamental en la naturaleza del Instituto, pues de conformidad con lo ordenado por el Decreto 2148 de 1992, se convirtió en una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Esta condición determinó que luego, con ocasión del estudio de constitucionalidad del parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-579 de 1996, declarara la inexistencia de dicha categoría en una empresa que, como se anotó, pasó a ser Industrial y Comercial del Estado, cuyo régimen determina que por regla general los servidores vinculados son trabajadores oficiales. Solo a partir de la vigencia del Decreto 1750 de 2003, los antiguos funcionarios de la seguridad social pasaron a ser empleados públicos, por cuenta de la escisión de la vicepresidencia del ISS y la creación de las ESE's.

15 Decreto 1651 de 1977, artículo 3º. ARTICULO 3o. DE LOS SERVIDORES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Serán empleados públicos de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los subdirectores y los Gerentes Seccionales de la entidad. Tales empleados se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público. (...) Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar colectivamente con el Instituto Convenciones para modificar las asignaciones básicas de sus cargos.

¹⁶ C.S.J., Sala de Casación Laboral, MP. Gabriel Miranda Buelvas, sentencia de 21 de junio de 2011, exp. 37.619. En este caso el ente gestor es el FNPSM.

de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones"

Bajo la anterior óptica, al referirse a la norma aplicable, que regula la pensión ordinaria de jubilación de los docentes el Consejo de Estado, ha manifestado, que no es otro que los requisitos traídos por la Ley 33 de 1985. En efecto, dijo el Alto Tribunal:

"(...) El Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación, e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

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

En su artículo 15 la citada ley estableció:

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

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

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

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

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

Está probado, que el actor en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el mes de octubre de 1977, por ende se le aplica la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, Ley 33 de 1985.

En conclusión, por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985 que es régimen legal general¹⁷

Criterio que se viene sosteniendo de tiempo atrás en el seno de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo, como se puede ver en sentencia del 23 de febrero de 2006, en la cual se hicieron las siguientes precisiones:

"El Decreto Ley No. 2277 de 1979, estatuto docente, indudablemente que comprende un régimen "especial" de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación –derecho u ordinarias de los mismos. (...)

El Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, conforme a su artículo 3, solo se aplica en los temas relacionados con las materias que regula; ahora, como las pensiones ordinarias docentes no fueron contempladas en la disposición, ésta no resulta aplicable en ese campo.

La Ley 33 de enero 29 de 1985, publicada el 13 de febrero de 1985 en el Diario Oficial No. 36856, establece:

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

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Par. 2o Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

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

Art. 25. Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que sean contrarias."

La Ley 33 de 1985, que obliga desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público sin distinción, resulta aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes (incluye docentes nacionales); para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad. De su aplicación exceptúa tres casos: 1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que

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

regían con anterioridad. 3-) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

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

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

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

2. Pensiones:

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

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

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

B.- En su artículo 15, estableció NORMAS PRESTACIONALES para los docentes, así : -) Para los DOCENTES NACIONALIZADOS que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, en el artículo 15, numeral 1º, se dispone que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; ahora, éstas solo pueden ser las LEGALES por mandato constitucional y, se anota que en materia de pensión de jubilación (ordinaria) antes de esta ley dichos docentes se encontraban bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, con la transición en edad pensional que allí se consagra exceptivamente. -) Para los DOCENTES NACIONALES y los que se vinculen a partir de enero 1º /90, en el párrafo 2º del núm. 1º del citado art. 15, manda que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), se regirán por las normas

vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales están los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. No puede pasar desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional.

(...)

-) LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO. Los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, se les reconocerá sólo una pensión de jubilación, bajo el régimen -que se entiende "general u ordinario"- de pensionados del sector público nacional (Art. 15, Num.2, lit.b). Se indica que esta pensión estuvo regulada, entre otras, en el art. 17 de la Ley 6ª/45, el art. 27 del D. L. 3135 /68 que luego fue derogado por el artículo 25 de la Ley 33 del 29 de enero de 1985 y el art. 1º y concordantes de la precitada Ley 33.

En cuando a este último grupo (del art. 2-B del art. 15) se tiene que para los DOCENTES NACIONALES la Ley 91 de 1989 no varió la edad de jubilación, pues ellos continuaron adquiriendo el derecho de jubilación con 20 años de servicio y 55 de edad, en virtud de la Ley 33 de 1985, norma que mantuvo su vigencia, salvo el caso de la transición en edad pensional del párrafo 2º de su art. 1o., ó que hubieren cumplido sus requisitos pensionales bajo el imperio de la legislación anterior; ahora, los DOCENTES NACIONALIZADOS (que ingresaron a partir de enero 1º /81) la Ley 91 /89 –art.2-b- dispuso que sólo tendrán una pensión de jubilación (ya no tienen derecho a la pensión de jubilación gracia) la cual se entiende "ordinaria" por estar sometida al régimen general de los pensionados del sector público nacional que para 1989 estaba consagrado en la Ley 33 /85 en materia pensional y que determinaba su edad pensional en 55 años, salvo la transición en edad pensional ya citada; por último, los DOCENTES VINCULADOS A PARTIR DE ENERO 1º /90 su régimen pensional es el mismo de los anteriores docentes nacionalizados mencionado.

De otra parte y a contrario sensu, se entiende que ESTA CLASE DE PENSION, para los vinculados "antes" de las fechas señaladas en la ley, aparece consagrada en los regímenes pensionales generales u ordinarios ya sea de la Ley 6ª/45, D.L. 3135/68, D.L. 1045 /78 o la Ley 33/85, cuya aplicación depende de las circunstancias de cada caso".

La Ley 60 de agosto 12 de 1993, sobre FINANCIACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA EDUCACIÓN ESTATAL, publicada el 12 de agosto de 1993 en el Diario Oficial No. 40987, establece:

"Art. 6

...

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, municipal y distrital, será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ..."

La Ley 60 de 1993, dispone que "El régimen prestacional aplicable a LOS 'ACTUALES' DOCENTES NACIONALES O NACIONALIZADOS que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones" será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. De otra parte, en cuanto a los DOCENTES TERRITORIALES, dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, y que se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de régimen "ordinario", como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la Ley pensional "ordinaria" pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100/93".

Así, los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, respecto a prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen que venía aplicándoseles en la respectiva entidad territorial, de acuerdo a las normas vigentes, esto es, Ley 33 de 1985; asimismo, tanto para nacionales y nacionalizados que se hayan vinculado a partir del 1 de enero de 1981 y para quienes se nombren a partir del 1 de enero de 1990, se reconocerá una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año y gozaran del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

Por su parte, la Ley 812 de 2003, en su artículo 81 reitera la aplicación de la normativa vigente anterior relacionada con la regulación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, al señalar:

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley"

Por manera, que régimen pensional aplicable a los docentes de carácter oficial, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, habrá de determinarse con relación a la fecha de vinculación al servicio de la educación, más no teniendo como referencia la adquisición del estatus, siendo entonces, que los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, se regulan por Ley 33 de 1985 y los que posteriormente se vincularon quedan cobijados por las reglas pensionales de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, las normas que aplica el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, ley 33 de 1995, no contempla el beneficio por incremento pensional por personas a cargo, prestación económica o beneficio exclusivo o excluyente del régimen general de

pensiones regulado por el Decreto 758 de 1990 aplicable exclusivamente a los afiliados del extinto Instituto de los Seguros Sociales, que como se vio en la cita efectuada en acápite anterior, para quienes estaban cobijados por dicho decreto.

En tal sentido, no es posible vía igualdad o favorabilidad entrar a ampliar el radio de acción del Decreto en comentó, por cuanto, el derecho pensional del hoy actor se regula por la Ley 33 de 1985, dado que ello conllevaría a la violación del principio de inescindibilidad normativa.

Si bien la favorabilidad se establece como una pauta para resolver conflictos entre disposiciones normativas cuando estas regulan una misma situación fáctica, en el presente asunto, no es posible bajo las reglas del citado Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990, entrar a estudiar el reconocimiento de incrementos pensionales, por cuanto, la condición de favorabilidad en la aplicación e interpretación de la Ley, exige no solo el conflicto por la coexistencia de normas, sino que, la regulación de una situación se presente ante dos normas que **estén vigentes**, supuesto que en el presente asunto no acaece, como quiera que el derecho pensional de los docentes en materia de pensión de vejez o jubilación está regulado por las reglas de la Ley 33 de 1985, para este caso en concreto y para los docentes ese decreto no es aplicable.

Así las cosas, es posible arribar a la conclusión que a los docentes pensionados por virtud del régimen pensional cobijado por la Ley 91 de 1989 y que remite a la Ley 33 de 1985, no se les pueden aplicar, los beneficios de incrementos pensionales regulados por el acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990.

Pertinente es citar lo expuesto, por la H. Corte Constitucional, sobre la improcedencia de juicios de igualdad frente a regímenes salariales y prestacionales diferentes, al señalar que:

"10. La inferencia de una discriminación injustificada que contradice el principio de igualdad, depende de la comprobación de tres premisas definidas. La primera consiste en la determinación suficiente acerca de los sujetos o situaciones jurídicas particulares y concretas respecto de la cual se predica el tratamiento desigual. Por ende, no puede plantearse un juicio de igualdad si los extremos del presunto tratamiento no están definidos con estas condiciones.

La segunda premisa la conforman las razones que hacen que los mencionados sujetos o situaciones jurídicas sean comparables, aspecto que la jurisprudencia ha denominado como la construcción del tertium comparationis. Esta condición puede considerarse como el centro de la discusión acerca del juicio de igualdad, pues ofrece las consideraciones mínimas para determinar por qué una pluralidad de sujetos o posiciones jurídicas deben recibir idéntico tratamiento por parte del ordenamiento jurídico. Para la Corte, "...la jurisprudencia constitucional ha establecido que en principio se debe dar igual trato a las

personas que se encuentren en similar situación, pero que se puede dar un trato desigual o diferente siempre y cuando se encuentre una explicación razonable para realizar la diferenciación. (...). Empero el criterio para realizar la equiparación o la diferenciación resultará vacío si no se determina desde qué punto de vista una situación, persona o grupo es igual a otro, es decir sino se responde preliminarmente a las preguntas de la igualdad entre quiénes y la igualdad en qué. Por ello, en planteamientos recogidos por este Tribunal de la doctrina alemana¹⁸, se ha explicado que, dado que ninguna situación, persona o grupo son idénticos a otros, determinar la igualdad y la desigualdad supone siempre un juicio de valor sobre cuál característica o propiedad resulta relevante para establecer el examen de igualdad por parte del juez – criterio valorativo- .”

Por último, la tercera premisa corresponde a la identificación, si a ello hay lugar, de una previsión de rango constitucional que justifique la adopción de un tratamiento distinto entre sujetos o posiciones jurídicas que prima facie deben estar reguladas por el ordenamiento de manera análoga.

11. En el caso particular de los diferentes regímenes laborales, la Corte ha concluido la improcedencia general del juicio de igualdad entre sus prestaciones. Esto en consideración a que no son equiparables y responden cada uno de ellos a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, lo que resulta particularmente importante para el caso analizado, a si se trata de empleos del orden nacional o territorial.

Este fue el asunto resuelto por la Corte en la sentencia C-313/03, la cual desestimó el cargo por violación del derecho a la igualdad respecto a la aplicación del Decreto 1278/02 – Estatuto de Profesionalización Docente para el caso de determinados trabajadores, con exclusión de aquellos vinculados al amparo de un régimen anterior.

En esa oportunidad, la Sala recopiló el precedente aplicable al asunto objeto de estudio y planteó los siguientes argumentos que, por su importancia en la demanda de la referencia, la Corte considera pertinente transcribir in extenso:

"En este orden de ideas la Corte ha aceptado que en materia laboral puedan existir regímenes jurídicos diferentes que regulen diversos aspectos de la relación de trabajo entre los trabajadores y los empleadores, sean estos oficiales o privados, sin que por ello, pueda considerarse que por esa sola circunstancia se viole el principio de igualdad

Así, como lo ha señalado igualmente la Corporación, desde antiguo existen en el sector público, distintos estatutos especiales que establecen diversos regímenes salariales y prestacionales, que presentan en cada caso características peculiares y un sistema de auxilios y reconocimientos particulares.

Frente a esta situación la Corte ha precisado que la comparación entre diferentes regímenes respecto de prestaciones concretas, con el fin de establecer violaciones al principio de igualdad, no resulta conducente por partirse de supuestos de hecho que no son idénticos.

(...)

Así, dado que el juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, y que éste supuesto no se presenta cuando diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, la Corte ha concluido que no resulta posible establecer en esas circunstancias una vulneración del artículo 13 superior.

Ha de tenerse en cuenta además, como también ya lo ha señalado la Corte, que si cada régimen especial es mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales, los beneficios particulares contemplados en él, no pueden ser examinados aisladamente, para enfrentarlos con otros sistemas también especiales.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

18 ALEXY, Robert, Op. cit. p. 112

"Si cada uno de estos regímenes especiales es mirado como un sistema particular de reconocimientos salariales y prestacionales, se encuentra que los beneficios particulares contemplados en cada uno de ellos, no pueden ser examinados aisladamente, fuera del contexto del régimen especial, para enfrentarlos con otros sistemas también especiales. El juicio de igualdad debe partir del supuesto de una misma situación, la cual no se presenta en el caso bajo examen, pues diversos grupos especiales de servidores son regidos por sistemas de beneficios diferentes, que hacen que cada beneficio en particular no pueda ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad. || En relación con lo anterior, es decir con la necesidad de aplicar íntegramente los regímenes laborales especiales, la jurisprudencia ha hecho ver, adicionalmente, que la circunstancia de que en uno de ellos se consagren ciertos beneficios, que no son reconocidos en otros, usualmente se ve compensada por el hecho de que respecto de otra prestación, puede suceder lo contrario. Así ha dicho que "teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen. Por ello, las personas "vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general". En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica." Adicionalmente, la existencia de los diferentes regímenes existentes, los cuales, como se dijo, deben ser aplicados integralmente, encuentra su justificación en diversas circunstancias constitucionalmente válidas. Sobre el punto la jurisprudencia ha dicho: "En tal virtud, dicha regulación ha obedecido a diferentes motivos, como son: las distintas naturaleza y modalidades de la relación de trabajo, los diferentes tipos de entidades, nacionales, departamentales, distritales y municipales, el otorgamiento de especiales beneficios a ciertos sectores de empleados, en razón de la naturaleza de la labor que desempeñan, las limitaciones presupuestales, la necesidad de organizar y poner en funcionamiento o fortalecer cajas de previsión social encargadas del pago de las prestaciones de los servidores públicos, etc." || En el caso presente, encuentra la Corte que no se encuentra demostrado que quienes no resultan cobijados por el régimen especial referente a la prestación de calzado y vestido de labor, se encuentren dentro de la misma situación objetiva que quienes sí resultan amparados por el reconocimiento, y que por lo tanto deben ser merecedores de igual tratamiento. Antes bien, la presencia de multiplicidad de regímenes laborales dentro del sector público, llevan a la conclusión contraria: la de estar frente a situaciones distintas que imposibilitan adelantar un juicio de igualdad entre los distintos beneficios particulares que se reconocen en uno y otro régimen."

En ese orden de ideas esta Corporación ha explicado que cada beneficio en particular establecido en un régimen específico no puede ser descontextualizado a efectos de llevar a cabo, tan solo respecto de él, un examen de igualdad.

Así por ejemplo, en el caso de los beneficios en materia de seguridad social la Corte ha precisado¹⁹ que dada la complejidad de los sistemas prestacionales y la interdependencia de las prerrogativas por ellos conferidas, un trato diferenciado en ese campo resulta discriminatorio y, por tanto, constitucionalmente reprochable solo si el conjunto del sistema -no apenas uno de sus elementos integrantes-, conlleva un tratamiento desfavorable para el destinatario; así entonces, si una desmejora sólo se evidencia en un aspecto puntual del régimen, en una prestación definida o en un derecho concreto, no es dable deducir por ello trato discriminatorio; en estos casos deberá estudiarse -conclusión a la que se llega después de analizar el sistema en su conjunto- si la desventaja detectada en un aspecto puntual del régimen especial se encuentra compensada por otra prestación incluida en el mismo.

19 Al respecto ver entre otras las sentencias C-956/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-385/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-1032/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Al respecto la Corte además ha hecho énfasis en que sólo si una prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional retirarla del ordenamiento jurídico. Circunstancia que sin embargo solamente podría darse (i) si la prestación es verdaderamente autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente (ii) la ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial, y (iii) que no exista otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social y que la carencia de compensación resulte evidente.” (Subrayas no originales).

12. A partir de las consideraciones siguientes, se tiene que la comparación de prestaciones entre regímenes laborales diversos, dirigida a definir la existencia de un tratamiento discriminatorio injustificado, no resulta posible de manera general. Esto debido a que las prestaciones incluidas en cada régimen se comprenden en el marco del sistema normativo en que se inscriben y, por ende, no son extrapolables a otra normatividad prevista para regular una pluralidad diversa de servidores públicos o trabajadores de derecho privado. A su vez, uno de los factores de diferenciación entre regímenes laborales, en el caso de los servidores públicos, es el nivel central o territorial al que se encuentren inscritos, lo que inhibiría promover un juicio de igualdad en ese escenario.

Es importante insistir, en este sentido, que la imposibilidad expuesta se basa en las dificultades que subyacen a la identificación de un criterio de comparación entre beneficios laborales que pertenecen a regímenes distintos. Como ha indicado la jurisprudencia, el juicio de igualdad solo es posible cuando se acrediten argumentos relativos a la definición de "(i) "con claridad los grupos involucrados, (ii) el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y (iii) qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas", toda vez que "la realización de la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales.”

Por ende, para que un juicio de igualdad en el escenario planteado sea posible, debe demostrarse que el beneficio laboral correspondiente es extrapolable del régimen en que se encuentra inserto y que, a su vez, no existe ninguna razón constitucionalmente atendible para el tratamiento diferente. Si estos requisitos no están presentes, se está ante la inexistencia de los presupuestos para la conformación del tertium comparationis, imprescindible para inferir un trato discriminatorio injustificado.

Ahora bien, también la Corte debe resaltar que esa improcedencia general no puede comprenderse de manera tal que valide la exequibilidad de tratamientos diversos que (i) se funden en categorías constitucionalmente prohibidas; o (ii) no encuentren justificación en una finalidad compatible de la Carta Política. Por lo tanto, en aquellos casos en que sea posible acreditar uno de estos supuestos, podría alegarse la concurrencia de un tratamiento discriminatorio contrario al derecho a la igualdad²⁰

III. CASO CONCRETO.

Bajo las premisas decantadas, es claro para este Tribunal que al señor FRANCISCO MANUEL BALDOVINO HERNÁNDEZ, no le asiste derecho al incremento pensional del Decreto 758 de 1990, pues para ello, era *conditio sine qua non* ser afiliado del ISS, requisito que no cumple el demandante. Veamos.

20 Sentencia C-402 de 2013.

Al actor se le reconoció pensión vitalicia de jubilación por parte del **FNPSM**²¹, a través de la Resolución No. 0382 del 8 de mayo de 2012 (folio 16-17 cuaderno de primera instancia), por haber cumplido 20 años de servicios como docente –educador (desde el 24 de mayo de 1984 hasta el 28 de enero de 2012) y 55 años de edad.

En el reconocimiento pensional, conforme el acto administrativo citado el FNPSM aplicó las reglas traídas por la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985²², dada la condición de docente oficial del señor BALDOVINO HERNÁNDEZ

En tal sentido, como en acápite anterior se consignó, los beneficios del acuerdo 049 de 1990 y el decreto 758 de 1990 solo quedaron vigentes vía transición pensional para quienes se encontraban afiliados al ISS al momento de entrar en vigor la Ley 100 de 1993, situación fáctica que no acaece en el presente asunto, toda vez que el reclamante no es beneficiario del reglamento pensional que cobija a los afiliados del ISS, por ser docente regulado directamente por Ley 33 de 1985, vinculado al FNPSM.

Así las cosas, comulga la Sala con la conclusión adoptada por el Juez de Primera Instancia y en tal sentido y sin mayores ambages la sentencia apelada, esto es, la proferida el 27 de enero de 2017 será confirmada.

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Al no haber prosperado el recurso, se condenará a la parte recurrente – demandante al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

²¹ Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio .

²² Nótese que el actor ingreso al servicio público educativo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 27 de enero de 2017 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, que negó las pretensiones de la demanda, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia

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

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

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala de Decisión Ordinaria Oral, conforme consta en Acta No. 158 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL AROGTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA