

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

Cartagena de Indias D. T. y C, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-23-33-008-2018-00029-01
Demandante	Manuel de la Cruz Pedroza
Demandado	Nación – Ministerio de Educación – FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala fija de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de Bolívar a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 1 - 8).

a) Pretensiones.

El señor Manuel de la Cruz Pedroza presentó demanda mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERO: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 5397 del 11 de julio de 2016, expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, quien actuó en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la cual le aplicaron indebidamente la Ley 100 de 1993, cuando debió aplicarse lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y por ello le reconocieron a partir del 26 de Julio de 2015 solo el 65% de la asignación básica mensual por valor un valor de \$ 574.620,00 como mesada pensional, suma inferior a la que por ley le corresponde, por cuanto el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación, cuya cuantía equivale al 75% de todos los factores salariales devengados durante los doce últimos meses anteriores al cumplimiento de su status, el cual realmente se cumplió el 12 de abril de 2007 y no en la fecha indicada en el acto administrativo demandado.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de la Resolución No 6977 del 27 de septiembre de 2017, expedida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, quien actuó en nombre y representación de la Nación - Ministerio de

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó la revisión y modificación de la Resolución No. 5397 del 11 de julio de 2016, de conformidad con las circunstancias fácticas y jurídicas aplicables al caso y, consecuencialmente, proceder a reajustar la pensión correspondiente, restableciendo en sus derechos a mi mandante.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones:

TERCERO: Pretendo que se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que practique la revisión de la modalidad de la pensión de jubilación por aportes que le fue reconocida a MANUEL DE LA CRUZ PEDROZA, mediante la Resolución No. 5397 del 11 de Julio de 2016, para que dicha pensión le sea reconocida y pagada como pensión ordinaria de jubilación a partir del cumplimiento del status del demandante el 12 de abril de 2007 y su cuantía sea liquidada con el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados por mi mandante durante los doce últimos meses anteriores al cumplimiento de su estatus de pensionado, conforme a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y demás normas reglamentarias, esto es, a la fecha del cumplimiento de los 20 años de servicios y 55 años de Edad.

CUARTO: Que condene a la Nación -Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que sobre las sumas a que resulte condenada, liquide y pague a mi mandante las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, y tal como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Ordénese a la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - para que si no da cumplimiento al fallo dentro del término de ejecutoria de la sentencia, que liquide y pague la condena en los términos a que se refiere el artículo 192º, parágrafo tercero del C.P.A.C.A.

SEXTO. Que se condene en costas a la entidad demandada, conforme al artículo 188º del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Que se me reconozca personería como Apoderado de MANUEL DE LA CRUZ PEDROZA."

b) Hechos.

Para sustentar sus pretensiones el demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Nació el 22 de junio de 1957, cumplió 55 años el 22 de junio de 2002 y laboró como empleado público por más de 27 años, por lo que el 12 de abril de 2007 adquirió el status pensional.

Se desempeñó como empleado público del Departamento de Bolívar por 18 años, 10 meses y 26 días, desempeñando oficios varios en diferentes colegios desde el 19 de octubre de 1978 hasta el 15 de enero de 1998.

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

Durante el tiempo que laboró para el Departamento se hicieron efectivos los descuentos a seguridad social en pensiones, así: desde el 19 de octubre de 1978 hasta el 30 de junio de 1995 se aportó a la Caja de Previsión Social de Bolívar, y desde el 1 de julio de 1995 hasta el 10 de marzo de 1998 se cotizó al ISS, hoy Colpensiones.

Mediante Decreto No 0230 del 8 de marzo de 2006 se vinculó como docente oficial del Distrito de Cartagena y desempeñó ese cargo de manera ininterrumpida hasta el 22 de julio de 2014, cuando solicitó el reconocimiento de la pensión, luego de acumular 8 años 4 meses y 14 días con dicha entidad. Los aportes a pensión se hicieron al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para un acumulado de 27 años 3 meses y 10 días.

Mediante Resolución No. 5397 del 11 de julio de 2016 se le reconoció una pensión de jubilación por aportes, en cuantía de \$ 574.620,00, efectiva a partir del 26 de julio de 2015, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 71/88 y no en la Ley 33/85, en detrimento de sus intereses.

Para determinar la cuantía de su pensión le aplicaron la Ley 100/93, y por ello le tuvieron en cuenta el 65% de la asignación básica mensual devengado durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento del supuesto status (de 1994 a 2015), además de que solo se tuvo en cuenta la asignación básica mensual, dejando de considerar los demás factores salariales devengados el año anterior a la causación de su derecho pensional, tales como, auxilio de transporte, bonificación zona de difícil acceso, prima de navidad, prima de alimentación, auxilio de movilización y prima de vacaciones.

El 7 de julio de 2017 solicitó el reajuste de pensión aplicando la Ley 33/85, petición que fue negada por la entidad mediante Resolución No. 6977 del 27 de septiembre de 2017.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante afirmó que los actos demandados violaron los artículos 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política, 10 del Código Civil, 5 de la Ley 57/87, 4 de la Ley 4ª/96, 5 del Decreto Reglamentario 1743/66, Decretos 435/71, 446/73, 1221/95, Decreto 717/78, Decreto – Ley 2277/79, Ley 33/85, Ley 62/85 y Ley 91/89, y explicó así el concepto de la violación.

Tiene derecho a que la cuantía de su pensión se reajuste teniendo en cuenta los sueldos y demás emolumentos que devengó durante sus doce últimos meses laborados con anterioridad al cumplimiento del estatus; es decir, el periodo transcurrido entre el 12 de abril de 2006 y el 12 de abril del 2007, así como la fecha

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

de cumplimiento del estatus jurídico de pensionado y el tipo de vinculación en el que fue clasificado.

El concepto de salario implica todo lo que constituye remuneración al trabajo como los sueldos, primas, bonificaciones, etc., excluyendo de tal concepto las sumas que por mera liberalidad patronal recibe el trabajador. En el ámbito del derecho público no se pueden admitir las liberalidades patronales y por ello todo lo que percibe el empleado oficial constituye salario.

Las certificaciones obrantes en el proceso prueban que viene vinculado al ramo docente durante toda su vida laboral; en consecuencia, adquirió el derecho a percibir pensión de jubilación conforme al estatuto especial contenido en el Decreto 2277/79, aplicable a dichos servidores.

Las resoluciones demandadas incurrieron en falsa motivación, porque aplicaron indebidamente la Ley 100/93, debiendo aplicar la Ley 33/85 y sus normas reglamentarias y, por ello, le reconocieron en forma errada solo el 65% de la asignación básica mensual a partir del 26 de julio de 2015, por valor de \$ 574.620,00 como mesada pensional, suma inferior a la que por ley le corresponde.

3.2. Contestación. (fs. 69-

- **El FOMAG** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que los actos administrativos acusados se encuentran ajustados a derecho, pues el demandante acreditó los presupuestos señalados en el artículo 1º de la Ley 33/85; es decir, 20 años de servicio y 55 años de edad, por lo cual se le reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación.

Agregó que la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales, tales como, prima de antigüedad, prima de vacaciones, entre otros, es contraria a derecho, razón suficiente por la que no los tuvo en cuenta.

Además, los actos administrativos demandados gozan de la presunción de legalidad prevista en el artículo 88 de la Ley 1437 del 2011, y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que éstos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

Propuso como excepciones la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva y compensación.

3.3. Sentencia de primera instancia (fs. 94 – 101)

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda aduciendo, en resumen, que la accionante no tiene derecho a que se liquide su pensión con el 75% de todos los factores salariales devengados el último año de servicios, porque la misma no se rige por el régimen anterior al regulado por la Ley 100/93, toda vez que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario, comenzó a prestar sus servicios como docente en el año 2006, mucho después de la entrada en vigencia de la Ley 812/03.

Así las cosas, de acuerdo con la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018, los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812/03.

La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones.

3.4. Recurso de apelación (fs. 102-112)

El apoderado de la parte demandante señaló que de una lectura del artículo 36 de la Ley 100/93, era posible advertir que a los beneficiarios del régimen de transición le era aplicable la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión contenidas en el régimen anterior a su entrada en vigencia.

Como en fecha en que entró en vigencia la Ley 100/93 había cumplido más de los 15 años de servicio exigidos por el artículo 36, entonces le resulta aplicable la Ley 33/85.

Reiteró que quedó amparado por el régimen de transición, pues a julio de 2005 tenía más de 750 semanas cotizadas, cumplió los 55 años de edad antes del 31 de diciembre de 2014, y tenía completadas más de 1000 semanas cotizadas o más de 20 años de servicios como servidor público.

Luego, tomando con fundamento la norma o interpretación más favorable al trabajador, según el principio in dubio pro operario, es dable concluir que en su caso se debe tener en cuenta la edad, el tiempo de servicios previsto en la Ley 33 de 1985, entendiendo por monto de la pensión el valor de ésta, el cual se obtiene aplicándole el porcentaje de Ley; es decir el 75% del salario base de liquidación, y que este IBL se establece en la forma prevista por esa la misma ley, esto es, teniendo en cuenta el salario promedio mensual del último año de servicios.

3.5. Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto del 19 de febrero de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y por providencia de 15 de mayo de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo.

El apoderado de la parte demandante presentó alegatos y reiteró en lo sustancial lo expuesto en el recurso de apelación (fs. 127-130). La parte demandante no presentó alegatos y el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Esta Sala es competente para decidir el recurso de apelación bajo estudio de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., el cual establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia.

5.2. Problema Jurídico.

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si el accionante está cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En caso afirmativo, si se debe aplicar la Ley 33/85 en virtud del principio de favorabilidad, y si se debe ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

5.3. Tesis de la Sala.

La Sala revocará la sentencia apelada, toda vez que el demandante demostró que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, razón por la cual la demandada debió aplicar a su caso la edad, tiempo de servicio y tasa de remplazo previstos en la Ley 33/85.

Sin embargo, no tiene derecho a la inclusión de todos los factores salariales devengados el último año de servicio, porque de acuerdo con la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2018, en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, las pensiones deben liquidarse teniendo en cuenta el monto (la tasa de reemplazo), la edad y el tiempo de servicios previstos en la Ley 33/85, pero el ingreso base de liquidación no hace parte del régimen de transición, pues está regulado por la Ley 100/93, y los factores que deben incluirse en el mismo son exclusivamente aquéllos sobre los cuales se haya hecho aportes al sistema de seguridad social en pensiones, con base en el Decreto 1158/94.

5.4. Marco normativo y jurisprudencial

5.4.1. Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos. No obstante, la referida ley en su artículo 36 preceptúa lo siguiente:

***"Artículo 36. Régimen de transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60)*

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (...)"

El régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

5.4.2. Ley 33 de 1985.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el **régimen general de pensiones para empleados públicos estaba contemplado en la Ley 33 de 1985**, cuyo artículo 1º dispone:

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

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.(...)

***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 (50) años 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.

***PARÁGRAFO 3o.** En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión*

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley"

El artículo 3º ibídem estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación. Posteriormente esta disposición fue modificada por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 en la siguiente forma:

"Artículo 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

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 calcularlos aportes".

5.4.3. Ley 71 de 1988.

De conformidad con el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha de considerarse como referente normativo aplicable a quienes se encuentren amparados por el mismo, no sólo la Ley 33 de 1985, reguladora del régimen pensional general para el sector público, para quienes reclamen la pensión jubilatoria como empleados de dicho sector, sino también la **Ley 71 de 1988**, "*por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*", cuyo artículo 7 consagró la pensión de jubilación por acumulación de aportes, que permite computar el tiempo servido en el sector público y en el privado,¹ en los siguientes términos:

Artículo 7 .- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, 3 de septiembre de 2020, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00586-01 (3715-15).

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas. Ver: artículos 4, 19 y ss. [Decreto Nacional 1160 de 1989](#) Lo relacionado con pensión de jubilación por aporte.

En virtud de la norma transcrita los empleados oficiales y los trabajadores particulares que acreditaran 55 años si es mujer y 60 años si es varón, y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces, con los efectuados en el Seguro Social, tendrán derecho a recibir la prestación jubilatoria por efectos de la acumulación de aportes derivados de la relación de trabajo de carácter particular y oficial.²

El parágrafo del precitado artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-012 del 21 de enero de 1994 disponiendo en el numeral segundo de su parte resolutive que “su efecto se extiende al reconocimiento de los derechos pensionales adquiridos por las personas que hubieren cumplido con los requisitos previstos en el inciso 1o. del artículo 7o. de la ley 71 de 1988, esto es, por aportes hechos en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social oficial de cualquier orden, y en el Instituto de los Seguros Sociales, cuando cumplan el requisito de la edad”.

A su vez, esta norma fue reglamentada por el Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, que en su artículo 1o preceptuó:

“ARTICULO 1o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES. La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público”.

Respecto al monto de esta prestación, el artículo 8º señaló:

“ARTICULO 8o. MONTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser

² 1 Corte Constitucional. Sent. C-623 del 4 de noviembre de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley”.

El artículo 10 ibídem determina la entidad de previsión pagadora, con el siguiente tenor literal:

“La pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la última entidad de previsión a la que efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años. En caso contrario, la pensión de jubilación por aportes será reconocida y pagada por la entidad de previsión a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes.

PARAGRAFO. Si la entidad de previsión obligada al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes es la Caja Nacional de Previsión Social, el pago de dicha prestación lo asumirá el Fondo de Pensiones Públicas del nivel nacional a partir de 1995.

Si las entidades de previsión obligadas al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes son del orden territorial, dicha prestación, en el evento de liquidación de las mismas, estará a cargo de la entidad que las sustituya en el pago”.

Ahora bien, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de marzo de 2010, Rad. 2322-08, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, precisó la diferencia entre la pensión de jubilación por aportes prevista en la Ley 71 de 1988 y la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, en los siguientes términos:

“Hace notar la Sala que esta pensión de jubilación por aportes es diferente de la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985, pues ésta última supone que se ha trabajado tan sólo en el sector público, mientras que aquella acumula el tiempo de servicios con el Estado y con el sector privado, tiempos que, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988 –19 de diciembre de 1988- no se podían acumular, dejando desprotegidas a las personas que no cumplían en su integridad los 20 años de servicios al Estado ni tampoco el total de semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

Es por ello, que a partir de la Ley 71 de 1988 resulta posible acumular los tiempos de servicios cotizados en el sector público y en el privado para tener derecho a una pensión, siempre y cuando, cumpla con los demás requisitos establecidos en la referida ley.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los afiliados al Sistema General de Pensiones tienen derecho a la pensión de vejez cuando cumplan los requisitos previstos en el artículo 33, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 con independencia del sector en que se efectúen las cotizaciones, salvo que la persona sea beneficiaria del régimen de transición, como en el caso en

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

autos, evento en el cual la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión se rige por la Ley 71 de 1988."

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia del certificado de información laboral de 24 de febrero de 2018, suscrito por el Profesional Especializado de Atención al Ciudadano de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, en el cual consta que el demandante laboró como Docente de Básica Secundaria desde el 31 de marzo de 1999 al 31 de diciembre de 2008, para un total de 9 años, 9 meses y 1 día (f. 18-19 demanda – expediente digital).
- Certificado suscrito por la Dirección Administrativa de Talento Humano del Departamento de Bolívar de 2 de febrero de 2017, mediante la cual hace constar que el demandante prestó sus servicios como mensajero, ayudante de servicios generales, auxiliar de servicios de apoyo y fontanero, en el Colegio Departamental Nuestra Señora del Carmen, en el Liceo de Bolívar y en el Instituto Ana María Vélez De Trujillo adscritos a la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación de Bolívar (f. 20 ibídem).
- Certificado de información laboral de 2 de septiembre de 2015, en el cual consta que el demandante laboró desde el 19 de octubre de 1978 hasta el 15 de noviembre de 1981 y desde el 15 de enero de 1982 hasta el 15 de enero de 1998, en el cargo de Fontanero del Departamento de Bolívar, y cotizó a la Caja de Previsión del Departamento (f. 21 ibídem).
- Copia de la certificación de salarios mes a mes de 2 de septiembre de 2015, en el cual consta las cotizaciones hechas por el Departamento de Bolívar desde octubre de 1978 hasta junio de 1995 (fs. 23-31 ibídem).
- Formatos únicos para la expedición de certificado de historia laboral del demandante expedidos por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, en los cuales consta que ingresó a laborar como Docente desde el 8 de marzo de 2006, hasta el 27 de julio de 2015 (fs. 32-36 ibídem).
- Formato único para la expedición de certificado de historia laboral del demandante de 2 de noviembre de 2016, en el cual consta que ingresó a laborar como Docente el 8 de marzo de 2006 hasta el 14 de julio de 2008, para un total de 2 años, 4 meses y 5 días (fs. 32-33 ibídem).

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

- Copia del reporte de semanas cotizadas a pensiones, expedido por COLPENSIONES en el cual consta el reporte de semanas cotizadas en la Gobernación de Bolívar (f. 37 ibídem).
- Certificación suscrita por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias en la cual consta que el demandante entre el 2006 y el 2007, devengó además de asignación básica, auxilio de transporte, bonificación zona de difícil acceso, subsidio de alimentación, auxilio de movilización, prima de navidad, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y horas extras (fs. 38-39 ibídem).
- Resolución No. 5397 de 11 de julio de 2016, por medio de la cual la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación al actor, para lo cual tuvo en cuenta el 65% del promedio de los factores salariales devengados el último año de servicios anterior al status (fs. 41-42 ibídem).
- Copia de la Resolución No. 69777 de 27 de septiembre de 2017, por medio de la cual la Secretaría de Educación Distrital del Cartagena negó el reajuste de la pensión de jubilación del demandante (43 – 44 ibídem).
- Copia de la Resolución No. RDP 018113 del 6 de mayo de 2016, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación y se confirma la resolución anterior (fs. 48-51 demanda 1 – expediente digital).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Se encuentra acreditado en el proceso que la pensión del demandante fue reconocida mediante Resolución No. 5397 de 11 de julio de 2016, proferida por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, con efectos fiscales a partir del 26 de julio de 2015 (fs. 40-42).

De acuerdo con el texto de esa resolución, el régimen pensional aplicable al actor correspondía a las Leyes 33/85, 71/88, los decretos 3135/68, 1848/69, 3752/03 y las leyes 100/93 y 812/03, texto que además de ser ambiguo, puesto que esas normas no pueden aplicarse todas al tiempo, no se corresponde con el contenido de la resolución, que al liquidar la pensión al actor por haber cumplido 59 años de edad desconoce que la ley 71/88 y la ley 100/93 exigían 60 años de edad, y tuvo en cuenta la misma resolución una tasa de reemplazo de 65%, que no se corresponde con lo dispuesto por la ley 71/88 y por la Ley 33/85, que reconocían el 75% del promedio del salario devengado durante el año de servicios previo a la adquisición del estatus pensional.

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

La confusa invocación de disposiciones incompatibles impone establecer cual era el régimen aplicable al actor, a lo cual procede la Sala a continuación:

El artículo 36 de la Ley 100/93 estableció un régimen de transición para quienes a su entrada en vigencia hubieran cumplido 35 años de edad, si fueran mujeres, y 40 si fueran hombres; o 15 años de servicios.

Las pruebas allegadas al expediente demuestran que el 30 de junio de 1995³, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, el actor tenía 37 años de edad, toda vez que nació el 22 de junio de 1957,⁴ y más de 15 de años de servicios, pues empezó a labora el 19 de octubre de 1978, por lo cual, contrario a lo afirmado por el juez de primera instancia, se encuentra amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ello le es aplicable el régimen pensional anterior.

De acuerdo con esas mismas pruebas el demandante, antes de vincularse como docente oficial, laboró como empleado público en otros cargos en el Departamento de Bolívar desde el 19 de octubre de 1978 hasta el 15 de enero de 1998; es decir, por más de 18 años. Luego, es evidente que no laboró para el sector privado - por lo cual a su caso no se aplicaba en absoluto la Ley 71/88 que permitía computar el tiempo servido en el sector público con el del privado -,⁵ y que por haber prestado servicios exclusivamente en el sector público se le aplicaba la Ley 33/85, reguladora del régimen pensional general para el sector público.

Si bien el demandante afirmó que laboró como docente los últimos años de servicio, no es menos cierto, que dicha vinculación se dio en el año 2006, luego de que se expidió la Ley 812 de 2003⁶, la cual estableció en su artículo 81 que *“Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”*.

³ Entrada en vigencia de la Ley 100/93, para los servidores públicos del nivel departamental, distrital, y municipal.

⁴ Ver resolución 5397/2016

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, 3 de septiembre de 2020, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00586-01 (3715-15).

⁶

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

Aunque el demandante está cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93 y se debe aplicar a su situación pensional la Ley 33/85, de acuerdo con las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado descritas en el marco normativo y jurisprudencial de esta sentencia, dicho artículo 36 debe ser interpretada en el sentido de que a las personas beneficiarias del régimen de transición se les debe aplicar la Ley 33 de 1985 únicamente en cuanto a la edad, el tiempo de servicios o número de semanas cotizadas, y el monto o tasa de remplazo, entendido este último concepto como el porcentaje sobre el cual se liquidará la pensión. Pero el ingreso base de liquidación – IBL –, debe calcularse de acuerdo con lo previsto en la Ley 100/93, pues este componente no fue sometido a transición. Y los factores que deben tenerse en cuenta en estos casos para liquidar la pensión son aquéllos sobre los cuales se hayan realizado aporte o cotización a la seguridad social en pensiones, que corresponden a los enlistados en el Decreto 1158/94.

El demandante pretende que se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% el promedio de todos los factores devengados durante el último año de servicios, entre ellos, asignación básica, auxilio de transporte, bonificación zona de difícil acceso, subsidio de alimentación, auxilio de movilización, prima de navidad, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y horas extras.

Si bien es cierto que se debe ordenar la reliquidación la pensión de demandante teniendo en cuenta para ello, la edad (55 años), tiempo de servicio (20 años) y tasa de remplazo (75%) de la Ley 33/85, la pretensión de inclusión de todos los factores salariales devengados el último año debe ser denegada, en vista de que contraría el artículo 36 de la Ley 100/93 y el Acto Legislativo No. 01 de 2005, conforme a los cuales el IBL a tener en cuenta en el presente caso, son los 10 últimos años de servicios o el tiempo que le faltare para ello, teniendo en consideración únicamente los factores sobre los cuales se hizo cotización y no los descritos previamente, respecto de los cuales no se probó que se hubiera hecho cotización alguna. Adicionalmente, estos factores no estuvieron previstos como base de la cotización a la seguridad social en el Decreto 1158/94, aplicable al caso.

Finalmente, se probó en el proceso que el demandante ingresó a laborar desde el 19 de octubre de 1978 hasta el 15 de septiembre de 1981 (2 años y 11 meses), desde el 15 de enero de 1981 hasta el 31 de marzo de 1998 (17 años y 2 meses); es decir, cumplió los 20 años de servicio en el año 1998; sin embargo cumplió los

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

55 años de edad el 22 de junio de 2012, lo cual permite concluir que el demandante adquirió el status pensional el 22 de junio de 2012.

Por lo anterior, se debe revocar la sentencia apelada y ordenar la reliquidación de la pensión del demandante en los términos antes señalados.

- Prescripción de mesadas.

Los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969 prevén que el lapso en que deben reclamarse las mesadas pensionales es de tres (3) años y que el reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción por una sola vez y sólo por un lapso igual.

En el caso de la pensión, no prescribe el derecho a su reconocimiento y pago, pero sí el de las mesadas.

La suspensión del término de prescripción de derechos pensionales originada en una reclamación administrativa comprende las mesadas causadas dentro de los 3 años previos a dicha reclamación y se extiende durante los tres años siguientes; de modo que, si no se demandan judicialmente dentro de ese periodo, se extinguen definitivamente. Ello, sin perjuicio de que posteriormente el interesado pueda reclamar y suspender la prescripción de las mesadas que se causaran con posterioridad a la primera reclamación, respecto de las cuales opera la prescripción en los mismos términos.

En el sub lite se estableció que a la demandante se le reconoció la pensión el 11 de julio de 2016 (f. 40 -42), y el actor solicitó su reliquidación el 7 de julio de 2017 y presentó demanda el 19 de febrero de 2018, cuando no habían transcurrido más de 3 años, por lo que no hay lugar a declarar prescripción de las mesadas causadas.

- Indexación

La suma que resulte a favor de la demandante, deberá ser actualizada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, aplicando la siguiente fórmula, mes a mes:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el equivalente en pesos al valor dejado de pagar (mesadas insolutas) por

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago completo de cada una de las mesadas causadas).

5.6. Costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

No obstante, el artículo 365-4 ibídem, establece que “4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (...)”.

En ese sentido, se condenará en costas en ambas instancias, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de origen, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia apelada, en su lugar, se dispone:

a) Declarar la nulidad parcial de la Resoluciones No. 5397 del 11 de julio de 2016 y 6977 del 27 de septiembre de 2017, proferidas por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, en cuanto liquidaron la pensión de vez del demandante sin consideración a la edad, tiempo de servicios y tasa de remplazo previstos en la Ley 33 de 1985, aplicable a su caso.

b) Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al FOMAG y a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, de conformidad con sus competencias, reliquidar y pagar la pensión del demandante, teniendo como tasa de remplazo el 75% del promedio de cotizado al sistema general de seguridad social en pensiones en los últimos 10 años de servicios; reconocimiento que se hará efectivo a partir del 22 de junio de 2012.

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00029-01

c) Las sumas que se reconocen a favor del demandante, como diferencias entre el valor de las mesadas percibidas y el que resulta de la reliquidación, serán ajustadas aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adecuada, multiplicando por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) sobre el índice inicial vigente a la fecha de que debió efectuarse el pago de la obligación.

d) No hay lugar a declarar la prescripción extintiva de mesadas.

e) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA.

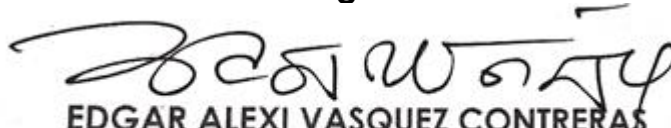
f) - Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas en ambas instancias a la parte demandada las cuales serán liquidadas por el Juzgado de Primera instancia de conformidad con los artículos 365 y 366 del C.G.P.

TERCERO: Una vez en firme esta decisión, déjense las constancias de rigor en el Sistema de Gestión Siglo XXI y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ