

Cartagena de Indias D. T. y C, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2016-00174-01
Demandante	YAMILE SOLORZANO RAMOS
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Actuación	SENTENCIA DE 2º INSTANCIA
Magistrada Ponente	MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ
Tema	PENSIÓN DE INVALIDEZ DOCENTE

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.

2.1. La demanda¹.

2.1.1. Pretensiones².

La parte actora solicita que se declare la nulidad del acto ficto negativo surgido por la no respuesta al recurso de reposición interpuesto el 28 de mayo del 2015

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a reconocer y pagar la pensión de invalidez de forma retroactiva, desde la fecha de estructuración de la invalidez, 22 de enero del 2013, hasta el 31 de diciembre del 2015.

2.1.2. Hechos³.

¹ Folios 1-4 del pdf No. 01

² Folio 2 del pdf No. 01

³ Folios 1-2 del pdf No. 01

Narra la accionante que fue nombrada en provisionalidad en el cargo de docente por la Secretaria de Educación de Bolívar.

Aduce que padece VIH y por ello se le dictaminó pérdida de la capacidad laboral en un 80%, con una fecha de estructuración del 22 de enero del 2013.

Refiere que el 25 de abril del 2014 la Secretaria de Educación de Bolívar expidió la Resolución No. 0794, por medio de la cual le reconoció la pensión de invalidez; que el 28 de mayo del 2014 impugnó esa resolución por ser violatoria del artículo 40 de la ley 100 de 1993 en cuanto al pago retroactivo de la pensión y que no se ha dado respuesta al recurso.

Así mismo, afirma que durante el tiempo en el cual estuvo incapacitada durante el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, las demandadas no le pagaron el auxilio de incapacidad.

2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación⁴.

Asegura la demandante que se viola el artículo 40 de la ley 100 de 1993, pues la pensión debe pagarse de manera retroactiva desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez, que para el caso es el 22 de enero del 2013; a lo que agrega que para esa fecha es que se cumplen los requisitos para adquirir el derecho según lo prescriben los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993.

2.2. La contestación.

2.2.1. Departamento de Bolívar.⁵

Se opuso a las súplicas de la demanda, indicando que carecen de sustento factico.

Formuló las siguientes excepciones de mérito: “falta de causa para pedir” basada en que es palmaria la carencia de causa que permita predicar su responsabilidad; “inexistencia de la obligación” aduciendo que no es muy claro la forma como se deduce la responsabilidad y “prescripción”, en virtud

⁴ Folio 3 del pdf No. 01

⁵ Folios 55-57 del pdf No. 01

al tiempo transcurrido entre la fecha de causación del derecho, si es que lo hubo y la reclamación.

2.2.2. Nación – Ministerio de Educación – Fomag.⁶

Se opuso a las pretensiones de la demanda.

Asegura que de la verificación exhaustiva de los documentos anexos con la demanda, se puede verificar que la pretensión de la accionante no está ajustada a derecho, toda vez que no es viable que se le reajuste su pensión de invalidez con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año anterior a su pensión.

2.3. Sentencia de primera instancia⁷.

Mediante la sentencia del 29 de junio del 2018, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena denegó las súplicas de la demanda.

Fueron argumentos basilares de su tesis los siguientes (se transcribe):

“No existe prueba alguna que al actor le asista el derecho a que se le pague pensión de invalidez desde que se estructuró enfermedad a partir del 22 de enero del 2013 con incapacidad de un 80%, toda vez que la señora YAMILE SOLORZANO RAMOS, recibió salario hasta el 07 de enero del 2015 acreditado a folio 108 del expediente y empezó a recibir el pago de la pensión de invalidez a partir de la citada fecha. Por lo anterior se denegaran las pretensiones.”

De ahí que haya concluido el *a quo* que no puede la accionante pretender el pago retroactivo desde la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, 22 de enero del 2013 y hasta el 31 de diciembre del 2015, porque de ordenarse ello se estaría incurriendo en un doble pago, habida cuenta que por ese lapso ya recibió el salario.

2.4. Recurso de apelación⁸.

La parte demandante cuestiona el fallo acusándolo de ser violatorio del artículo 1 de la ley 91 de 1989; lo que explica sosteniendo que la actora es

⁶ Folios 58-72 del pdf No.01

⁷ Folios 160-171 del pdf No. 01

⁸ Folios 185-187 del pdf No. 01

una docente nombrada por el Departamento de Bolívar provisionalmente con cargo al situado fiscal y por ende la cobija la normativa en mención.

Amplia la queja precisando que no le aplica la Ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, porque la pensión está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en tal virtud pasa por alto el despacho la Ley 812 de 2003 y particularmente su artículo 80. Así las cosas – asegura – le resulta aplicable el Régimen de Prima Media establecido en la Ley 100 de 1993, que en su artículo 40 prescribe la obligación del pago retroactivo desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez, máxime cuando empezó a gozar de las mesadas pensionales, después de un año y 11 meses sin recibir pagos de incapacidades u otros emolumentos que derivan de la pensión.

Atribuye a la sentencia violación del artículo 48 superior, adicionado por el acto legislativo 01 del 2005; para ello explica que esta normatividad ratifica que tiene el derecho de conformidad con el Régimen de Prima Media, razón por la cual se debe condenar a las demandadas.

Finalmente acusa violación al principio de congruencia pues en su sentir el fallo da aplicación a la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, estableciendo que se encuentra amparada por los artículos 39 y 40 de la Ley 100 de 1993, pero a su vez excluye el parágrafo b) del artículo 40 de la citada ley; de ahí la incongruencia al dar aplicación parcial a la Ley 100 de 1993, la cual no comporta ninguna exclusión, ni mucho menos condiciona el pago de la mesada en forma retroactiva.

2.5. Actuación procesal en segunda instancia.

El recurso de apelación fue repartido el 13 de agosto del 2018, correspondiéndole a este despacho, a quien la Secretaria del Tribunal le entregó el expediente el día 14 de agosto del 2018⁹.

Mediante auto del 28 de agosto del 2018, se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto¹⁰ y a través de providencia del 02 de octubre del 2018, se corrió traslado a las partes y el Ministerio Público para alegar¹¹.

⁹ Folio 2 del pdf No. 02

¹⁰ Folio 3 del pdf No. 02

¹¹ Folio 12 del pdf No. 02

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1. Nación – Ministerio de Educación – Fomag.¹²

Reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

2.6.2. Departamento de Bolívar.¹³

Se ratificó en las argumentaciones esbozadas en la contestación la demanda.

2.6.3 Parte demandante.

Guardó silencio.

2.7. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.¹⁴

Solicitó que:

"se profiera sentencia de manera anticipada, en la que se niegue la liquidación y/o reliquidación de la pensión de jubilación y/o vejez por la inclusión de factores salariales sobre los cuales no se realizó el respectivo aporte o cotización."

2.8. Concepto del ministerio público.

El Ministerio Público no emitió concepto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

¹² Folios 20-24 del pdf No. 02

¹³ Folio 25 del pdf No. 02

¹⁴ Pdf No. 03

IV.- CONSIDERACIONES

4.1. Competencia.

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

4.3. Problema jurídico.

Dados los límites impuestos por el recurso de apelación, se contraerá el debate a establecer si es o no la Ley 100 de 1993 el régimen pensional de la docente demandante y si resulta violatorio el fallo apelado del artículo 1 de la Ley 91 de 1989, por estar acreditado el no pago del retroactivo pensional desde la fecha de estructuración de la invalidez. Se analizara como problema asociado la incidencia que tiene en el caso concreto la aplicación del principio constitucional consagrado en el artículo 128 superior, dado que fue la norma que impidió en primera instancia el reconocimiento de la prestación desde la fecha de estructuración de la invalidez.

4.4. Tesis.

Se sostendrá que no hay reproche alguno que hacerle al fallo apelado, por cuanto **si** es la Ley 100 de 1993, con las modificaciones hechas por la Ley 797 de 2003, el régimen aplicable a la actora y aunado a ello se acreditó que se le realizaron los pagos de su anheladas salariales hasta el día en que comenzó a recibir su pensión, luego, aun cuando la asiste razón en cuanto a que el derecho a la pensión de invalidez se reconoce de forma retroactiva desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez, en este caso particular dicha regla de derecho debe ceder para dar aplicación al principio consagrado en artículo 128 superior, en aras de evitar que se reciba más de una asignación que provenga del tesoro público.

4.5. Marco normativo y jurisprudencial.

4.5.1. La pensión ordinaria de los docentes oficiales.

Comienzase por señalar que actualmente el régimen prestacional aplicable a los educadores oficiales es el establecido en las **Leyes 100 de 1993 y 797**



de 2003, exceptuando aquellos vinculados con anterioridad al 27 de junio del 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, para quienes el régimen aplicable es el establecido para el magisterio en las normas anteriores a la referida ley.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el párrafo transitorio 1º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005¹⁵, por el cual se modificó el artículo [48](#) de la Constitución Política, conforme al cual, el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y lo preceptuado en el artículo 81 de esta.

Así, de acuerdo con el aludido párrafo transitorio, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:

I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.

Sobre el particular, el artículo 81 de la Ley 812 del 2003¹⁶, señaló que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y

¹⁵ "Artículo 1º. (...) "

Parágrafo transitorio 1º. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta.

(...)".

¹⁶ *Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario"*

territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia y que los educadores que se vinculen a partir de la vigencia de la misma 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**.

4.6. El caso concreto.

4.6.1. Hechos relevantes probados.

- a) Está acreditado que la actora se vinculó a la docencia oficial mediante el Decreto Departamental No. 435 del 04 de agosto del 2005, expedido por el Gobernador de Bolívar¹⁷, posesionándose del cargo el 08 de agosto del 2005, según lo enseña el acta de posesión aportada¹⁸
- b) Está acreditado que a la demandante se le reconoció pensión de invalidez de conformidad con la Resolución No. 0794 del 25 de abril de 2014, proferida por la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar¹⁹.

Se desprende de la citada resolución que a la demandante se le determinó como fecha de adquisición del estatus pensional el 9 de julio del 2013 y que la pensión se condicionó a la expedición del acto administrativo de retiro de la docente.

También que el tiempo calculado para establecer el IBL pensional (tema que no es objeto de debate) corrió desde el 01 de enero del 2005, hasta el **30 de diciembre del año 2013**, lo que indica que hasta ese 30 de diciembre del 2013, la accionante prestó sus servicios como docente.

- c) Está acreditado que el acto administrativo de retiro a que se condicionó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, se profirió mediante el Decreto No. 494 del 17 de junio del 2014, expedido

¹⁷ Folio 9-14 del pdf No. 01

¹⁸ Folio 8 del pdf No. 01

¹⁹ Folios 17-19 pdf No. 01

por la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar²⁰, mismo que fuera notificado el 7 de enero del 2015.

De dicho acto administrativo se extrae que la docente permaneció activa ocupado el cargo de docente en la "IET. DE PUERTO VENECIA, del Municipio de Achi, Bolívar, devengando salario con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones.

- d)** Está acreditado además, según el certificado de salarios expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio²¹, que la demandante devengó salarios como docente de básica secundaria, al servicio de la Institución Educativa I.E.T. AGROPECUARIA DE PUERTO VENECIA, adscrita al Departamento de Bolívar, hasta el **07 de enero del 2015**.
- e)** Los hechos narrados en la demanda indican (véase numeral 9) que la primera mesada pensional se recibió el día 30 de junio del año 2015, por el valor de \$3.365.618, cuyas sumas corresponden (según se aduce a título de confesión) a los 6 meses del primero semestre del año 2015, lo que es consecuente con la información que reposa en la certificación de pago de mesadas pensionales arrimada al expediente²², que indica que el 30 de junio del 2015, se canceló la suma aludida.

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

A juicio de la Sala no hay reproche alguno que hacerle al fallo apelado y no encuentra que los reparos planteados en la alzada permitan hacerlo. Esto último si se tiene en cuenta que lo alegado en la censura no tiene la virtualidad de doblegar las conclusiones hechas por el juez de primer grado a partir del análisis de los medios de prueba.

Y es que, en lo que podríamos llamar un primer reparo, se acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 1 de la Ley 91 de 1989, en tanto se asegura que por tratarse de un docente no le era aplicable la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, a lo que se responde que dicho argumento no puede ser de recibo, pues ha quedado claro en el *sub lite* que la accionante se vinculó al servicio oficial con posterioridad a la entrada

²⁰ Folios 25-26 del pdf No. 01

²¹ Folio 144 del pdf No. 01

²² Folio 29 del pdf No. 01

en vigencia de la Ley 812 del 2003 (27 de junio del 2003), pues su nombramiento data del 04 de agosto del 2005, posesionándose del cargo el 08 de agosto del 2005, ergo, a no dudarlo, su régimen pensional **si** es la Ley 100 de 1993, con las modificaciones hechas por la Ley 797 de 2003, si se tiene en cuenta la correcta interpretación y aplicación de las normas analizada en el marco normativo de este fallo.

Aun así, el propio actor contradice su argumento y termina arguyendo que es beneficiario del régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 y particularmente de lo que indica el artículo 40 de dicha normativa que prescribe la obligación del pago retroactivo desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez, máxime cuando empezó a gozar de las mesadas pensionales, después de 1 año y 11 meses sin recibir pagos de incapacidades u otros emolumentos que derivan de la pensión.

A esto último se responde en armonía con lo determinado por el *a quo*, pues quedó acreditado que a la demandante se le realizaron los pagos de su anheladas salariales hasta el mes de enero del año 2015 (día 7), fecha en la cual se notifica la decisión de retiro definitivo del servicio activo, y se suspende el pago de los salarios que se le venían haciendo con cargo a los recurso del Sistema General de Participaciones. Lo anterior deviene indubitable si se atienden las pruebas, particularmente la certificación de salarios emitida por el FOMAG y el Decreto No. 494 del 17 de junio del 2014, expedido por la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar²³.

También quedó acreditado, incluso a título de hecho confeso, que en la primera mesada pensional que se recibió el día 30 de junio del año 2015, por el valor de \$3.365.618, se encontraban involucradas la mesadas pensionales correspondientes a los 6 meses del primer semestre del año 2015, luego así las cosas, no es cierta la afirmación realizada que sugiere que la demandante empezó a gozar de las mesadas pensionales, “después de 1 año y 11 meses sin recibir pagos”.

Así las cosas, aun cuando la asiste razón al actor en cuanto a que el derecho a la pensión de invalidez en estricto sentido y de acuerdo a la regla 40 de la Ley 100 de 1993²⁴, se reconoce de forma retroactiva desde la fecha en que

²³ Folios 25-26 del pdf No. 01

²⁴ **“ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.** El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

se produzca el estado de invalidez, no puede aceptarse que en este caso particular se de aplicación a esa regla de derecho pues de hacerlo sin más, se desquiciaría un eje axial de la función pública singado en el artículo 128 de la Ley de Leyes, según el cual, a nadie le es permitido recibir más de una asignación que provenga del tesoro público²⁵.

De manera que encuentra razonable la Sala la decisión apelada, más aun cuando quedó acreditado en autos que la demandante nunca quedo desamparada y siempre recibió su ingreso mensual sea a título de salario o a título de mesada pensional.

Finalmente y para resolver lo que resta de la querrela debe precisarse que contrario a la argüido, la decisión apelada prohija el artículo 48 superior, adicionado por el acto legislativo 01 del 2005, en la medida en que es claro, a partir de la correcta interpretación de dicha normativa, que el régimen pensional de la demándate es el de Prima Media con Prestación Definida reglamentado por la Ley 100 de 1993 y eso fue un aspecto determinado con precisión y atino en el fallo apelado; no se olvidó ni se desquicio.

Tampoco es incongruente el fallo, pues la falta de aplicación de la regla 40 de la citada ley de pensiones; obedece lisa y llanamente a que se dio preeminencia a una principio constitucional, y dadas las particulares circunstancias que se presentaron, que permitían admitir, sin asomo de duda y menos de arbitrariedad, que no había lugar a ordenar pago retroactivo siendo que la demándate devengó lo que debería haber devengado a título de pensión, como salario; es más, es ostensible dadas las circunstancias narradas, que se vio favorecida en todo caso, pues desde la fecha de estructuración de la invalidez, que según lo contemplado en la Resolución

a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

²⁵ "Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas."

0794 del 25 de abril del 2014 lo fue el 9 de julio del 2013, debió haber devengado solo el 75% del ingreso base de liquidación de conformidad con lo preceptuado precisamente en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, y no el 100% del mismo como quedó acreditado que lo obtuvo la demandante.

En razón a lo dicho se CONFIRMARÁ la sentencia apelada, pues no hay reproche alguno que hacerle al fallo apelado y habida cuenta que no se encuentra que los reparos planteados en la alzada tengan la virtualidad de doblegar las conclusiones hechas por el juez de primer grado a partir del análisis de los medios de prueba.

4.7. Condena en costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el artículo 365 de la ley 1564 del 2012 (CGP).

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado en segunda instancia por ser esta a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación y haberse además confirmado en su totalidad la decisión de primera instancia, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., e incluyendo en la misma las agencias en derecho, de conformidad con el acuerdo que deba regir del Consejo Superior de la Judicatura.

V.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 03, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, por las razones previamente expuestas.

SEGUNDO: Condenase en costas a la parte **demandante**; liquídense en primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.



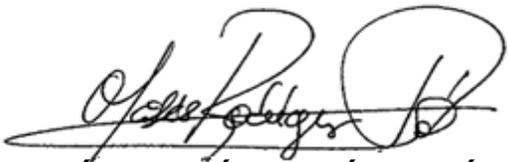
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

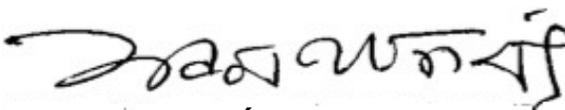
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El anterior proyecto fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS