

Cartagena de Indias D.T y C., veintisiete (27) de agosto de dos mil dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
Radicado	13-001-33-33-001-2015-00075-01
Demandante	CARMEN LUCIA DOMÍNGUEZ RUIZ
Demandado	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO
Tema	Reliquidación pensional docente – aplicación del precedente jurisprudencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 19 de junio de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se negaron a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA².

3.1.1 Pretensiones³

En la demanda se solicita lo siguiente:

"1. Que se revise la pensión a que tiene derecho la señora Carmen Lucia Domínguez Ruiz como docente de vinculación nacionalizada por un tiempo de servicio superior a 20 años por errores cometidos de omisión.

2. Que se declare la Nulidad de la Resol. No. 8537 de diciembre 18 de 2013 expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Distrito de Cartagena de Indias, en nombre y representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y mediante la cual se reconoce una pensión de derecho desconociendo lo preceptuado en la Ley.

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 1-30 cdno 1 y la reforma fl. 247-290 cdno 2

³ Folio 1-2 cdno 1

13-001-33-33-001-2015-00075-01

3. Como consecuencia de la declaración anterior, ordenar el restablecimiento del derecho y declarar que a mi mandante le asiste razón respecto a que el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le debe reconocer y en consecuencia pagar su pensión de derecho conforme a lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 con base salarial para el cálculo del monto pensional, en cuantía mensual no inferior a \$2.433.152 efectiva a partir del 08 de enero de 2013 y en consecuencia esa entidad deberá proceder a liquidar los reajustes pensionales decretados en favor de mi mandante por concepto de la Ley 71/88, teniendo en cuenta la nueva cuantía pensional de \$2.433.152.

4. Que se ordene liquidar y pagar a expensas del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y a favor de mí representado las diferencias de mesadas atrasadas debidas, valor que resultara de la diferencia entre lo que actualmente se le paga y lo que ordene la sentencia que resulte del presente proceso, desde el 08 de enero de 2013 hasta que sea incluida en la nómina; sumas calculadas sobre la base de una cuantía inicial no inferior \$2.433.152.

5. Condenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; para que sobre las mesadas adeudadas a mi mandante le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor (IPC) o al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A.

6. Condenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A., pague a favor de mi mandante intereses comerciales durante los seis (6) primeros meses contados a partir de la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después de este término conforme lo ordena el artículo 177 del C.C.A.

7. Ordenar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que de cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A.

8. Declarar la Nulidad Parcial de la Resolución 8537 de Dic 18 de 2013 y ordenar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el Reconocimiento de la Pensiona Aplicando la Ley 6 de 1945 por expresa remisión de la Ley 91 de 1989 Artículo 15, aplicar Principio de Favorabilidad e Inescindibilidad de la Ley.

3.1.2 Hechos⁴

En la demanda se exponen los siguientes hechos:

La señora Carmen Lucia Domínguez laboró en la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, por más de 20 años de servicio al Estado como Docente oficial en la Institución Educativa José de la Vega de Cartagena.

En su calidad de docente oficial, adquirió el status de pensionada el 07 de enero de 2013, por lo que dicha prestación fue reconocida mediante Resolución No. 8537 de diciembre 18 de 2013, en cuantía de \$2.433.152, efectiva a partir de 08 de enero de 2013, sin incluir la totalidad de los factores de salarios.

El valor de la pensión debía calcularse con el promedio del 75% de los factores de salarios recibidos en el año anterior al cumplimiento del Status Jurídico de pensionado, esto es, desde 6 de enero de 2012 hasta el 7 de enero de 2013,

⁴ Folio 3-7 cdno 1

con los siguientes factores: prima de navidad, prima de vacaciones, sobresueldo, horas extras, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima técnica, dominicales y feriados, trabajo suplementarios en días de descanso, incrementos salariales por antigüedad, prima y bonificaciones otorgada con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del art. 38 del Decreto 3130 de 1968.

Alega que a la accionante debió aplicarse el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, aplicársele la norma anterior, haciéndose referencia al Decreto Departamental 497 de 1974, que establecía como requisitos para pensionarse, haber cumplido 50 años de edad y 20 años de servicio; adicionalmente, hace alusión a la aplicabilidad de la Ley 6ta de 1945, e improcedencia del reconocimiento de la pensión con base en la Ley 33/85.

3.1.1. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes: Artículos; 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 46, 48, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; el Art 636 de la Ley 100 de 1993; Ley 91/89; Arts. 1, 2, 15; Ley 60 de 1993; Art. 279. Ley 115/94; Art 115; Ley 812/2003; Art 81. Decreto 2381/2005 Art. 5º; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 21 y 260; Ley 57 y 153 de 1887; Decreto 1285 de 1955 Art. 1; Ley 4 de 1966 Art. 4º; Decreto Reglamentario 1743 de 1966; Ley 71 de 1988; Decreto 2277 de 1979; Ley 33 y 62 de 1985; Ley 91 de 1989 Artículos 1º, 2º y 15; La Ley 60 de 1993.

En el concepto de violación, se expone que los actos administrativos que resolvieron la solicitud de pensión no son acordes con estas disposiciones, al ignorar que otras primas y emolumentos, son factor de salario para el cálculo del monto pensional, por ser una retribución permanente, pues las leyes 33 y 62 de 1985, plenamente aplicable a la liquidación y reconocimiento de la pensión docente, indican que estos rubros son factor de salario para el reconocimiento y cálculo del monto pensional de estos servidores públicos, por ser parte integrante de la asignación básica.

Se indica que la demandante estaba sometida al régimen general de los empleados públicos regulados por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y las leyes 33 y 62 de 1985, de manera que la pensión debía reconocerse teniendo en cuenta el 75% del promedio de las asignaciones devengadas durante el último año de servicio o el año anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado. El Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en Cartagena de Indias, al calcular el monto pensional sin tener en cuenta la prima de vacaciones, prima de navidad, prima de alimentación, prima especial, rubros que fueron certificados como devengados y pagados

en el último año de servicio, y algunos de ellos se efectuaron los descuentos en Seguridad Social, transgrede los principios estatuidos y regulados por la Ley 33 de 1985, Decreto 1045/78, Ley 4º/66 que estipula, que el monto pensional habrá de calcularse con el 75% del promedio devengado en el último año de servicio, incluyendo todos los factores salariales.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO DE NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO⁵

En la contestación de la demanda, se expuso que los actos administrativos demandados se encuentran acogidos por la presunción de legalidad (artículo 88 de la Ley 1437 de 2011), y la parte accionante no acredita siquiera sumariamente que éste haya sido expedido 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.

Señaló que la pretensión de la señora Carmen Lucia Domínguez Ruiz, no está ajustada a derecho, toda vez que no es viable conforme a la ley, que se le reajuste su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año status de pensión, tal como pretende su apoderado judicial.

Indicó que, la liquidación de la pensión contenida en la resolución objeto de nulidad, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, por tanto, una vez el demandante acreditó los requisitos de edad y tiempo transcritos en la norma, le fue reconocida la pensión en vigencia del Decreto 3752 de 2003 que establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003 y cuyo pago este obligado el FOMAG no podrá ser diferente de la base cotización sobre la cual realizó aportes el docente.

Como excepciones propuso las siguientes: ineptitud de la demanda; no agotamiento vía gubernativa; inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; prescripción; compensación; excepción genérica o innominada.

3.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

En audiencia celebrada el 19 de junio de 2018, la Juez Primero Administrativo del Circuito de Cartagena definió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda, afirmando lo siguiente:

⁵ Folio 226-239 cdno 2

⁶ Folio 406-417 cdno 3

Que en el proceso se encontraba acreditado que la actora había prestado sus servicios como docente nacionalizado desde el 7 de marzo de 1979 hasta el 7 de enero de 2013, fecha en que adquirió el estatus de pensionada y para la cual se encontraba afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Asimismo, que el régimen pensional aplicable a la accionante era el contenido en la ley 33/85, pues esta no reunía el requisito de los 15 años de servicio exigido para estar cobijado por la transición prevista en la ley 33 de 1985 (a fin de que le fuera aplicable la Ley 6/45); en consecuencia, le resulta aplicable íntegramente régimen general contenido en esta, con sus respectivas modificaciones introducidas por la ley 62 de 1985.

Consideró, que la pensión de jubilación de la demandante debió liquidarse conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, es decir, con lo equivalente al 75% del salarió promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. En cuanto a los factores salariales debió darse aplicación a lo previsto en el artículo 3º de la mencionada ley -modificado por el artículo 1º de la ley 62 de 1985-, conforme al alcance dado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha de 4 de agosto de 2010 (todos los factores salariales). En ese sentido concluyó que la accionante tenía derecho a que su mesada pensional se liquidara tomando como base todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la fecha en la que adquirió el estatus de pensionado, tal como lo reconoció la entidad demandada en el acto acusado.

Que, de acuerdo a lo certificado expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la actora durante el año anterior al 7 de enero de 2013, fecha en la que adquirió el estatus de pensionada, devengó la asignación básica, asignación adicional de Coordinador 20% y las primas de navidad y de vacaciones, factores que fueron tenidos en cuenta por la entidad demandada en el acto de reconocimiento pensional cuestionado; por ello, no había lugar a ordenar la reliquidación mencionada.

Agregó que, de las probanzas incorporadas al plenario se tiene que el ente demandado ajustó la prestación pensional reconocida a la accionante mediante Resolución No 6427 del 23 de septiembre de 2014, para efectos de incluir como factor las horas extras devengadas en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, modificándose así la cuantía de la prestación a partir del 8 de enero de 2013.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁷

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación manifestando su desacuerdo con la sentencia de primera instancia, y

⁷ Folio 418-431 cdno 3

alegando que a la actora sí le es aplicable el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y, en consecuencia, la norma a aplicar sería el Decreto Departamental 497 de 1974 que disponía la posibilidad de pensionarse con 50 años de edad y 20 años de servicio y en cuantía del 75% del promedio salarial en el último año de servicio. Aclaró que su pretensión no es la aplicación de la Ley 33/85, pues a su juicio dicha norma no le es aplicable a la demandante, sino que se le aplique el decreto antes mencionado en virtud del régimen de transición de la Ley 100/93

Aduce que la génesis de la controversia consiste en el reconocimiento de la diferencia consistente en los 5 años adeudados a la accionante (la diferencia de edad para reconocimiento de la pensión – Ley 33/85 con 55 años y el Dec. 497/74 con 50 años) por la no aplicación y reconocimiento del régimen de transición del Art. 36 de la Ley 100 de 1993. Que en ningún momento se solicitó en la demanda el reconocimiento de factores salariales. Por otro lado, en el acápite de pretensiones resaltó la solicitud del reconocimiento de la pensión con base en el régimen de la Ley 6ta de 1945.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

El asunto de la referencia fue repartido a este Tribunal a través de acta individual del 10 de septiembre de 2018⁸; siendo devuelto a los juzgados mediante auto del 18 de diciembre de 2018⁹, para la organización del expediente. El proceso nuevamente regresó al Tribunal el 14 de marzo de 2019¹⁰, siendo admitido el 26 de abril de 2019¹¹ y el 9 de septiembre de 2019 se corrió traslado para alegar de conclusión¹².

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 La parte demandante presentó escrito de alegatos solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia¹³.

3.6.2 La parte accionada no presentó alegatos.

3.6.3 El Ministerio Público presentó concepto solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia¹⁴.

⁸ Folio 2 cdno 3 cdno de apelaciones

⁹ Folio 4 cdno 3 cdno de apelaciones

¹⁰ Folio 10 cdno de apelaciones

¹¹ Folio 12 cdno de apelaciones

¹² Folio 16 cdno de apelaciones

¹³ Folio 20-31 cdno de apelaciones

¹⁴ Folio 26-30 cdno de apelaciones

VI. CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA, que dispone que: “*Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos*”.

De igual forma, en el caso de marras se atenderá lo dispuesto en el artículo 328 del CGP., que establece que, la competencia del superior, al resolver las impugnaciones presentadas contra las providencias de primera instancia, se limita al pronunciamiento frente a los argumentos expuestos por el apelante.

5.2 Problema jurídico.

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Debe declararse la nulidad de la Resolución N° 8537 del 18 de diciembre de 2013, por medio de los cuales se reconoció a la demandante una pensión de jubilación, con fundamento en el régimen de la Ley 33/85?

En consecuencia, *¿Debe reconocerse o reliquidarse la pensión de la actora con base en el régimen de la Ley 6/45 y el Decreto Departamental 497 de 1974, con la inclusión de todos los factores salariales?*

5.3 Tesis de la Sala

La Sala de Decisión, considera que el régimen de la Ley 33/85 es el aplicable a la pensión de la señora Carmen Lucia Domínguez por lo que no es procedente la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 8537 del 18 de diciembre de 2013; de igual forma, se tiene que, los factores salariales tenidos en cuenta para liquidar la pensión fueron todos aquellos que devengó la accionante en servicio activo, por lo que no es cierto que hayan factores que no se hayan incluido en la pensión. Teniendo en cuenta lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FOMAG

La Ley 6a de 1945, sobre prestaciones oficiales, consagró en su artículo 17, lo siguiente:

"Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo" (...)

En principio, esta Ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que luego se extendió al territorial. En materia de esta pensión, esta Ley rigió en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968, pero para los servidores territoriales la misma fue subrogada por la expedición de la **Ley 33 de 1985**.

El Decreto Ley No. 3135 de 1968, disponía:

"Art. 27 El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio" (Derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985).

El Decreto Ley 3135 de 1968, como su reglamentario, salvo algunas normas, se expidió y aplicó para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público. Aunque en algunos casos fue aplicada a servidores de los entes territoriales, en verdad, éstos continuaron sometidos a la Ley 6a de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la aparición de la Ley 33 de 1985, salvo durante un tiempo en cuanto al régimen de transición que ella consagró.

El Decreto Ley No. 2277 de 1979, estatuto docente, comprende un régimen "especial" de los educadores; pero, esta disposición no reguló lo relacionado con las pensiones de jubilación.

Por su parte, 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

13-001-33-33-001-2015-00075-01

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.

(...)

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; 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 que 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. 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.

Mediante la Ley 91 de 1989 el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG- como una cuenta especial de la Nación para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

En ese sentido el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señaló:

ARTÍCULO 15. 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:

13-001-33-33-001-2015-00075-01

(...) Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 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. (...)

El literal B del numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 no fijó condiciones ni requisitos especiales para el goce de la pensión de jubilación docente, por tanto, el régimen pensional aplicable a los docentes **vinculados a partir del 1° de enero de 1981**, nacionales y nacionalizados y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91, es el previsto en la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 expuso 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 ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial (...)*

Por su parte, la Ley 812 del 2003, en su artículo 81 establece que, el régimen prestacional de los docentes oficiales 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 esa ley; 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.

El Acto Legislativo 01 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política” en el Parágrafo transitorio 1°, dispuso lo siguiente:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo 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. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media

establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003". (Subrayado fuera del texto)

Es así que, actualmente existen dos regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial. Así, según la Sentencia SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, la aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, a saber:

"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."

Ahora bien, en criterio del Consejo de Estado¹⁵ los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes al régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 modificadorio del artículo 3º de la Ley 33 de 1985. Así lo estableció en la SU del 25 de abril de 2019, señalando:

"Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

50. El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son: 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 y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a "los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes".

Concluyendo así, que la regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes¹⁶ vinculados a partir de 1º de enero de 1981 es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo un (1) año y los factores, únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985

¹⁵ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

¹⁶ Nacionales, nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990.

que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985. Por lo demás, se sabe que la edad mínima solicitada es 55 años, un tiempo de 20 años de servicio y una tasa de reemplazo del 75%.

5.4.2 El régimen del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no cubre a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG¹⁷.

El artículo 11 de la Ley 100 prevé que: “El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, (...)”. Conforme la norma citada, el Sistema General de Pensiones creado a través de la Ley 100 de 1993 aplica para todos los habitantes del territorio nacional, sin hacer distinción entre servidores públicos, trabajadores oficiales, empleados del sector privado, o independientes, entre otros. Lo anterior, a partir del 1.º de abril de 1994 según el artículo 151 de la Ley 100 ejusdem y, en el caso de los servidores públicos del orden territorial, a partir del 30 de junio de 1995 de acuerdo con el parágrafo del mismo artículo.

Asimismo, con el fin de proteger expectativas legítimas de aquellas personas que se encontraban más cerca de acceder a su pensión a la fecha en que hizo tránsito la legislación, el legislador dispuso un régimen de transición en dicha materia, regulado en el artículo 36 de la mentada ley, según el cual:

«[...] 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. [...]».

Por su parte, el artículo 279 indicó:

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

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

¹⁷ Sentencia SU 014 de 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

Sobre este aspecto, la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la que se fijó la regla y las subreglas sobre el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se indicó que las reglas establecida en esa providencia, “no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición”.

En ese orden de ideas, la SU del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, también señaló que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por ello, al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

5.4 CASO CONCRETO

5.4.2 Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Cedula de ciudadanía en la que consta que la señora Carmen Lucia Domínguez Ruiz nació el 7 de enero de 1958, por lo que los 50 años los cumplió en el año 2008, y los 55 años en 2013¹⁸
- De acuerdo con el certificado de tiempo laborado aportado al proceso se tiene que la accionante se vinculó con el Magisterio desde el 7 de marzo de 1979 (en Antioquia) hasta el 9 de septiembre de 1994, y desde el 28 de octubre de 1994 hasta el 2 de agosto de 2012 (en Cartagena)¹⁹. Para un total de 33 años, 3 meses y 6 días de servicio.

Lo anterior quiere decir que los 20 años de servicios los cumplió el 26 de abril de 1999.

- Mediante Resolución 8537 del 18 de diciembre de 2013, la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena, le reconoció la pensión a la accionante, teniendo en cuenta la edad de 55 años, y 20 años de servicio, con una tasa de reemplazo del 75% y con los siguientes factores: sueldo básico, prima de

¹⁸ Folio 4 expediente administrativo

¹⁹ Folio 41-45 cdno 1

navidad, prima de vacaciones y sobresueldo; para una asignación mensual de \$2.433.152²⁰.

- El 23 de septiembre de 2014, la pensión anterior fue reliquidada por medio de la Resolución No. 6427, en la que se incluyeron las horas extras como factor salarial para liquidar la pensión, por lo que el monto básico de la misma aumentó a \$2.529.791²¹.
- Certificado de factores salariales devengado por la señora Carmen Lucia Domínguez Ruiz, para el año desde enero de 2012 a enero de 2013, devengó los siguientes factores: asignación básica, asignación coordinador (sobresueldo), prima de navidad y prima de vacaciones²²

5.4.3 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En caso de marras se demanda la legalidad de la Resolución 8537 del 18 de diciembre de 2013, por medio de la cual la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena, le reconoció a la accionante una pensión de jubilación. En la demanda inicial, se expusieron varios argumentos en procura de lograr la nulidad pretendida, indicándose que a la accionante debía aplicársele el régimen de transición de la Ley 100/93, y en virtud de ello, aplicársele la Ley 6 de 1945, el Decreto Departamental 497 de 1974, ambas normas que establecían como requisitos para pensionarse haber cumplido 50 años de edad y 20 años de servicio e incluso, en el concepto de violación afirmó que también pretendía la aplicación de la Ley 33 y 62 de 1985; adicionalmente, debían incluirse todos los factores salariales pues en el acto demandado se habían excluido la prima de vacaciones, prima de navidad, prima de alimentación, prima especial.

La Juez de primera instancia, denegó las pretensiones de la demanda, pues al estudiar los argumentos del actor, entendió que este demandaba la aplicación de la Ley 6 de 1945 y la inclusión de factores salariales; al respecto, concluyó que el régimen pensional invocado no era el procedente, pues la señora Carmen Lucia Domínguez Ruiz, al ser docente vinculada con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, le correspondía el régimen de la Ley 33/85, y, tampoco era procedente la inclusión de nuevos factores salariales, puesto que se encontraba demostrado que todos los factores devengados por la actora había sido incluidos en su pensión, y ésta no había demostrado haber recibido alguno diferente.

²⁰ Folio 77-79 cdno 1

²¹ Folio 53-55 cdno 1

²² Folio 91 cdno 1

Frente a lo anterior, el apoderado de la parte accionante, presentó recurso de apelación, sosteniendo que en ningún momento había solicitado el reconocimiento de factores salariales, que el quíz del asunto radicaba en el régimen aplicable a la demandante, pues debía ser Ley 6 de 1945 y/o el Decreto Departamental 497 de 1974, en virtud de la aplicación del régimen de transición de la Ley 100/93.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo primero que debe aclararse en este asunto es que, tal y como se estudió en el marco normativo de esta providencia, a los docentes no se les aplica el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ni el resto del contenido normativo de la misma por expresa prohibición del artículo 279 ibidem. Que, solo en virtud de la Ley 812 de 2003 a los docentes vinculados con posterioridad a esa norma, se les aplica parcialmente la Ley 100/93, en las condiciones ya mencionadas. En ese orden de ideas, como quiera que la señora Carmen Lucia Domínguez Ruiz, es una docente vinculada al servicio desde marzo de 1979, debe concluirse que la Ley 100/93 ni la Ley 812/03 le son aplicables.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, para la fecha de vinculación de la señora Carmen Lucia Domínguez Ruiz (1979), el régimen pensional que regía era el consagrado en la Ley 6ta de 1945; sin embargo, dicha norma fue reemplazada por la Ley 33/85. En ese orden de ideas, se tiene que, como quiera que la accionante adquirió el status pensional en el año 2013, el régimen aplicable, por su condición de docente vinculada antes del 26 de junio de 2003, es el consagrado en la Ley 33/85. Así las cosas, forzoso es para la Sala concluir que dicha norma es la que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión de la interesada; la única forma de que a la actora se le aplicara la Ley 6ta de 1945 es que demostrara que a la entrada en vigencia de la Ley 33/85, cumplía con los requisitos del régimen de transición de la Ley 33/85, es decir, que acreditara haber prestado servicio 15 años de servicio con anterioridad al 29 de enero de 1985; condición que no se cumple en este evento, como quiera que para esa fecha la señora Domínguez Ruiz solo había laborado 5 años.

En conclusión, el régimen pensional aplicable a la accionante es el de la Ley 33/85, el cual fue utilizado por la Secretaria de Educación del Distrito de Cartagena para liquidar la pensión en comento, por lo tanto el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho.

En cuanto al Decreto Ordenanzal No 497 de 1974, se tiene que, en su artículo 36, este dispone lo siguiente: “El derecho de la pensión vitalicia de jubilación lo reconoce la Caja Departamental de Previsión a favor de todo empleado público o trabajador que haya prestado 20 años de servicio al Estado, que llegue o haya cumplido los 50 años de edad y que en el momento de adquirir

el status se encuentre prestando sus servicios al Departamento”²³. Ahora bien, encuentra la Sala que el decreto en mención pertenece al Departamento del Huila, por lo que el mismo no es aplicable a empleados de otros departamentos, como es el caso de la actora que laboró en Antioquia y Bolívar.

Destaca este Tribunal en esta oportunidad, que el apoderado de la parte actora intentó cambiar su argumento de demanda en el escrito de apelación, al sostener que no había demandado la reliquidación de los factores salariales, cuando a todas luces se evidencia que sí se demandó tal situación, sin embargo, en esta instancia esta Corporación no se detendrá a estudiar el tema en mención como quiera que no fue objeto de apelación.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

5.6. De la condena en costa en segunda instancia.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno el artículo 365 del CGP, norma que reemplazó al CPC, establece que *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación” “En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda”*.

Con base en las anteriores normas, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida con la impugnación, pero aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala se abstendrá de imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

²³ Sentencia nº 937 de Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, de 11 de diciembre de 1996 y Corte Suprema de Justicia - Sala De Casación Laboral, Magistrada Ponente: ISaura Vargas Díaz; Expediente 22173; Radicación No. 22173; Acta No. 75. Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil cuatro (2004)

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, Carmen Lucia Domínguez Ruiz, al pago de costas en segunda instancia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 034 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ