



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CARTAGENA

TRASLADO DE EXCEPCIONES

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN : 13001-33-33-002-2013-00294-00
DEMANDANTE : ALBERTO ENRIQUE CARABALLO PAJARO
DEMANDADO : NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y OTROS

El Suscrito Secretario del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda por la entidad demandada: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL (folios 56-71), por el término de tres (3) días en un lugar visible de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena y en la página web de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co. Hoy seis (06) de mayo de dos mil catorce (2014).

EMPIEZA TRASLADO : 06 de mayo de 2014 a las 8:00 a.m.
VENCE TRASLADO : 08 de mayo de 2014 a las 5:00 p.m.

RICARDO AUGUSTO PEÑA SIERRA
Secretario Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

Señores:

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

E.

S.

D.

Exp. - Rad. No.: 2013-00294.

ACCIÓN: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

DEMANDANTE: ALBERTO ENRIQUE CABALLERO PAJARO.

DEMANDADO: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-

ANA RAQUEL MIRANDA DE LA HOZ, mayor de edad, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando como apoderada especial del Ministerio de Educación Nacional, tal y como consta en el poder que adjunto por lo cual solicito que se me reconozca personería jurídica, respetuosamente me permito presentar CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en el proceso de la referencia, atendiendo los argumentos jurídicos que enseguida exponremos.

1. EXPOSICIÓN SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Los hechos que motivaron la presentación de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la cual hoy se descorre el traslado de rigor, se circunscriben a que se declare la nulidad del acto administrativo por la cual se reconoce la pensión de jubilación al actor. Por lo que solicita que se revise la pensión reconocida teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año status de Pensión.

Sobre los supuestos fácticos señalados por el actor manifestamos lo siguiente:

- A LOS HECHOS No 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7,8, 9 ,10 ,11 y 12. Son ciertos, de acuerdo a los documentos que obran en el expediente.
- AL HECHO No. 13. No es cierto. Para la liquidación de la pensión de la accionante se tuvieron en cuenta los factores señalados por la ley aplicable, por tanto, los factores que aduce la accionante y que a su juicio debieron tenerse en cuenta no resultan viables conforme al ordenamiento jurídico pertinente.
- AL HECHO No 14. Es cierto, de acuerdo a los documentos que obran en el expediente.

- AL HECHO No. 15. No es un hecho es una apreciación jurídica del apoderado del demandante.
- -AL HECHO No 16, Es cierto, de acuerdo a los documentos que obran en el expediente. Se precisa que se negó la solicitud de revisión de la liquidación por cuanto los factores que aduce el demandante debieron tenerse en cuenta, no resultan viable conforme a la normatividad aplicable.
- AL HECHO No. 17. No es un hecho es una afirmación jurídica de la parte demandante
- AL HECHO No. 18.No es un hecho, es una explicación respecto la competencia para el caso.
- AL HECHO No. 7, No es un hecho es una apreciación jurídica del apoderado del demandante.

2. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA.

Según los documentos anexos en la demanda, se puede verificar que la pretensión de la accionante, no está ajustada a derecho, toda vez que tal como se establece en el considerando de la Resolución que pretende anular, no era viable conforme a la ley que se le reajustara la pensión de jubilación tomando factores salariales devengados durante el año status de pensión, tales como prima de navidad y prima de vacaciones, entre otras.

La liquidación de la pensión contenida en la Resolución objeto de litis, se efectuaron de conformidad con la ley 33 de 1985¹, que en su artículo primero dispone:

"Artículo Primero: El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (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 (...)" (Subrayas Nuestras).

EL accionante, al acreditar los presupuestos señalados en el artículo descrito, a saber, tiempo de servicio (20 años) y la edad (55 años) se procedió a reconocer la pensión de jubilación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la discrepancia del actor radica en que la entidad demandada no incluyó factores salariales que debió incluir, solicita la reliquidación de esa pensión de jubilación, por lo que es necesario señalarle que no es ajustado a derecho que se tuviera en cuenta otros factores, tales

¹ LEY 33 DE 1985 "por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público."

como prima de navidad y prima de vacaciones y demás factores generados durante el año status de pensión, en virtud de lo que dispone el párrafo segundo del artículo primero ibídem que señala:

"LEY 33 DE 1985. ARTÍCULO PRIMERO. PARÁGRAFO SEGUNDO: 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.

Según el párrafo citado tenemos que para la aplicación de otro precepto distinto al artículo primero de la ley 33 de 1985, en cuanto a la edad, tenemos que al momento de haberse expedido la ley, el tiempo que debía haber prestado sus servicios la solicitante debía ser de 15 años continuos o discontinuo o que al momento de expedición de la ley se haya retirado del servicio habiendo prestado 20 años de labor continua o discontinua, presupuestos que no se acreditan en la accionante.

La inexistencia de los presupuestos señalados en el párrafo en comento se observa, para la fecha de expedición de la ley 33 de 1985 no completaba 15 años de servicios continuo o discontinuo, por lo que no se pueden aplicar otros parámetros legales para el reconocimiento de la pensión de jubilación, sino el que establece la ley 33 de 1985.

En tal sentido el Honorable Consejo de Estado², ha señalado:

"(...) reliquidación pensional. El artículo 1º de la ley 33 de 1985 señala que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. En su artículo 3 señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes con el siguiente tenor literal:

"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 su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión."

² CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Providencia del 6 de marzo de 2008. C.P. Dra Bertha Lucia Ramírez De Paez. Expediente. 250002325000200304619 01.

"Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de 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; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días 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 calcular los aportes."

Esta prescripción fue modificada por el artículo 1º de la ley 62 de 1985, en el siguiente sentido:

"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 calcular los aportes"

En estas condiciones la pensión de jubilación de la señora Betty Guerrero debía ser liquidada con los factores establecidos en el artículo 1 de la ley 62 de 1985, tal como lo hizo la entidad demandada al incluir la asignación básica, el incremento por antigüedad y la bonificación por servicios excluyendo lo devengado por primas de servicios y navidad por no aparecer en la lista del artículo 1 ibídem (...)

Como en el sub lite se encuentra acreditado que la causante se le reconoció la pensión ordinaria de jubilación conforme a lo

dispuesto en la Ley 33 de 1985 es necesario tener en cuenta que para su liquidación los factores enlistados en la Ley 62 del mismo año (...)"

En otra sentencia de similitudes pretensiones continúa señalando el máximo Tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa lo siguiente³:

"En orden a resolver el asunto, se hacen necesarias las siguientes precisiones:

El actor inició labores en la docencia para el Departamento del Atlántico el 25 de febrero de 1971 y nació el 27 de agosto de 1944.

Para el 29 de enero de 1985, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 33 de 1985, el actor no cumplía con los requisitos del régimen de transición para que le fueran aplicables las normas del régimen pensional anterior en materia de edad, pues, en primer término, no gozaba de un régimen prestacional de carácter especial y, en segunda lugar, no tenía 15 años de servicio al momento de la entrada en vigencia de la ley 33. En consecuencia, el régimen aplicable al actor para efectos de la edad, monto y factores salariales para determinar su pensión de jubilación es la ley 33 de 1985

Así pues, en lo que respecta al tema objeto de debate, es decir, los factores a tener en cuenta para determinar la base de liquidación de la pensión de jubilación, la ley 33 de 1985 en su artículo 3 previó como factores: (...)

De la normativa transcrita, la Sala encuentra que las primas de navidad y exclusividad reclamadas en la demanda, no se encuentran en el listado taxativo del régimen de la ley 33 como factores a tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación. Por consiguiente, dichas primas no podían ser objeto de la base de liquidación del actor, tal como lo expresaron los actos acusados.

En ese orden, los actos que negaron al actor la reliquidación de su pensión con inclusión de las primas de navidad y exclusividad se ajustaron a derecho.

Ahora bien, en cuanto al argumento del Tribunal y el actor, según el cual, al monto de la pensión cuestionada se debió incluir la prima de navidad, por cuanto el artículo 45 del decreto 1045 de 1978 así lo dispuso; la Sala hace la siguiente reflexión:

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 previó que para efectos de prestaciones económicas y sociales de los docentes que a 31 de diciembre de 1989 estuvieran vinculados mantendrían el régimen prestacional que han venido

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P. Dr Alejandro Ordoñez Maldonado. Rad. No 08001-23-31-000-2000-01858-01 (7873-05).

gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Y más adelante la norma refirió que:

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

(...) De la lectura del precepto anterior, la Sala encuentra que si bien la ley 91 de 1989 precisó que los docentes en materia de prestaciones económicas y sociales les era aplicable el Decreto 1045 de 1978, también es verdad que el mismo precepto jurídico señaló que además les serían aplicables las normas que se expidan en el futuro, dentro de las cuales encontramos las Leyes 33 y 62 de 1985, que como ya se dijo son el marco jurídico aplicable al presente asunto"

En tales circunstancias, la Sala revocará la sentencia del Tribunal que accedió a las suplicas del actor y, en su lugar, negará las mismas por cuanto los actos acusados se expidieron de conformidad con el ordenamiento jurídico (...)"

- Consideraciones sobre la legalidad del acto demandado.

Establecido los antecedentes legales que precedieron al acto demandado encontramos lo siguiente:

- i.) Desde la expedición de la ley 6 de 1945 se han establecido los aportes que los servidores públicos deben efectuar a las entidades de previsión para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas a las cuales puedan tener derecho. En el mismo sentido, la Ley 4ª de 1966 artículos 2 y 4 dispuso algunas bases sobre las cuales se calcularían las prestaciones económicas a favor de los servidores públicos.
- ii.) Los factores salariales para pensión, quedaron establecidos en el Decreto No 1045 de 1978. No obstante lo anterior, mediante la Ley 33 de 1985, (Norma posterior) se determinó en su artículo 1º que el pago mensual de la pensión de jubilación de estos servidores, será el equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.
- iii.) Habida cuenta la calidad de servidores públicos que poseen los docentes y al no estar cobijados por el régimen especial de pensiones tal y como lo ha determinado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la cual adicionalmente ha sido suficientemente clara al establecer que, la Ley 91 de 1989 debe interpretarse en armonía con las leyes 6º de 1945 y 33 de 1985.
- iv.) En este sentido de aplicación, debemos hacer referencia al artículo 3º de la Ley 33 de 1985 modificado por la ley 62 de 1985, que a su vez estableció los factores a tener en cuenta para efectos de la base de liquidación de los aportes para las entidades de previsión,

- los cuáles deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión, indicando que, en todo caso las pensiones de los servidores públicos deben liquidarse sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.
- v.) La ley 91 del 29 de diciembre de 1989 por la cual "Se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio" definió que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se regirán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional para aquellos y el régimen de la entidad territorial para estos.
 - vi.) El artículo 15 de la citada ley, establece entre otras disposiciones que, para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990, el régimen aplicable se halla contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 **o las normas que se expidan en el futuro.**
 - vii.) De igual forma y conforme a lo establecido en los artículo 2º, numeral 5 y artículo 4º de la ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada de pagar las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, vinculados a la fecha de promulgación de la misma ley, previo su reconocimiento por parte del Ministerio de Educación Nacional.
 - viii.) En consecuencia, las normas aplicables según la calidad ostentada por el docente se encuentran así mismo contempladas en el manual unificado para el reconocimiento de las prestaciones económicas de los docentes afiliados al Fondo expedido por el Ministerio de Educación Nacional y aprobado por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En los anexos técnicos de las actas se consagraron los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de las diferentes prestaciones, las normas a aplicar y demás requisitos que a su vez son de obligatorio cumplimiento para las entidades comprometidas en el proceso de reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que para el caso que nos ocupa se trata de las oficinas regionales y la sociedad fiduciaria, esto es, Fiduciaria La Previsora S.A.
 - ix.) Continuando con el contexto de interpretación de la ley 91 de 1989, respecto a la aplicación de régimen aplicable para los docentes nacionales encontramos que, como parte de las normas que a futuro o posteriores a ésta fueron expedidas, se encuentra la Ley 812 de 2003 o Ley de Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 al 2006, en la cual en su artículo 81, estableció el régimen prestacional de los docentes oficiales, disposición que condicionó la cuantía de la pensión de jubilación a los factores sobre los cuales a partir de la fecha de la vigencia de la ley cotiza el educador al FNPSM. Así, esta ley modificó el concepto de aportes para el personal afiliado al Fondo, indicando que el valor total de la cotización corresponderá a la suma de aportes que para pensión y salud establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

- x.) Por su parte el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la ley 812 de 2003, estableció que el ingreso base de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el establecido en el decreto 1158 del 1994 y las normas que lo modifiquen o adicionen, y este a su vez consagró como factores base de cotización los siguientes: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional y capacitación cuando sea factor salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, bonificación por servicios prestados. De esta relación de factores, a los docentes oficiales únicamente aplican: La asignación básica mensual y las horas extras.
- xi.) El Decreto 3752 de 2003 en su artículo 3º establece que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el FNPSM no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente. Indica además que debe tenerse en cuenta como base de cotización los factores consagrados en el decreto 688 de 2002, es decir, sobresueldos de supervisores de educación, directores de núcleo, rectores, vicerrectores, coordinadores, directores de establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar éstos vinculados antes del 23 de febrero de 1984.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la fecha de publicación de la mencionada norma, para el reconocimiento de las prestaciones que se causen a partir del 23 de diciembre de 2003, los únicos factores salariales que deben tenerse en cuenta, son la asignación básica mensual (ley 91 de 1989) y sobresueldo (Decreto 3621 de 2003), reglamentándose de este modo la Ley 91 de 1989.

Por lo anterior, el decreto 3752 de 2003 modifica los actos en cuanto a los factores salariales se refiere para la liquidación de las prestaciones para las cuales el docente realiza aportes como pensiones (jubilación, invalidez, retiro por vejez, reliquidaciones, pensiones post mortem) y auxilios sujetándolos al aporte que efectivamente realice el docente. En consecuencia, las regionales implementan la aplicabilidad del decreto 3752 de 2003.

Y si bien el artículo del referido decreto fue derogado por el artículo 160 de la ley 1151 de 2007 estableciendo que a partir del 25 de julio de 2007 la liquidación de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio se realizaría teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales y de acuerdo al tipo de vinculación, este tipo de situación no se ajusta al caso objeto de la presente controversia por cuanto al momento en que la demandante adquirió el estatus de pensionado, se encontraba vigente el artículo 3 del decreto 3752 de 2003 manteniéndose inmodificables estas por ser situaciones jurídicas ya consolidadas y respecto de las cuales la ley 1151 de 2007 no estableció modificación alguna.

-Al concepto de violación

Los actos acusados no violan las disposiciones invocadas por el actor, y está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse. Las razones por las cuales se realiza la liquidación de la pensión del actor, fueron la existencia de la ley 812 del 26 de junio de 2003, el decreto 2341 de 2003, el Decreto 3752 de 2003, entre otras.

No existió omisión, ni violación a derecho alguno en la respuesta dada en los actos demandados, toda vez que la docente para la fecha de entrada en vigencia la ley 33 de 1985 no tenía 15 años o más de tiempo de servicio, por tanto no se beneficia con la excepción consagrada en la disposición legal.

- A las Pretensiones:

Me opongo a todas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad.

Frente a la solicitud de condenas para la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, impetrada por la Demandante, solicitamos respetuosamente al Señor Juez, se DENIEGUEN en su totalidad las pretensiones de la demanda.

Con sustento en las CONSIDERACIONES, antecedentes y en consecuencia lógica de esto, no procede la imposición de las CONDENAS solicitadas por la actora.

En cuanto a las pruebas tanto solicitadas como aportadas ellas deberán apreciarse de conformidad y en cumplimiento con el artículo 187 del C.P.C que dispone: "... Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos...."

Por lo anterior, la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

3. EXCEPCIONES.

A.) Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma.

Se estructura este hecho exceptivo en la aplicación de la Ley 35/85 a la pensionada como régimen legal que define y determina su derecho prestacional y la forma en que debe ser liquidada su pensión y por ello es que se tipifica la excepción de inexistencia del derecho por interpretación errónea de la norma.

Para mejor ilustración me remito a los numerosos y recientes fallos proferidos por los distintos Tribunales y Juzgados Administrativos del país, frente al tema de la reliquidación de las pensiones de los docentes, a saber:

- Tribunal Administrativo del Quindío.

"(...) De la excepción de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma.

El Tribunal considera, que las razones expuestas son suficientes para declarar próspera la excepción propuesta, ya que los docentes nacionales o nacionalizados (después del 01 de enero de 1990), en cuanto a la pensión de jubilación ordinaria, o también llamada "pensión derecho", no se encuentran amparados por régimen especial alguno, tal como lo manifiesta el actor cuando pretende se liquide la jubilación con fundamento en factores que no están incluidos en el artículo 3 de la ley 33 de 1985, ni en la norma que lo modificó (Ley 62/85).

En consecuencia, los factores salariales que se han de tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación ordinaria o también llamada "pensión derecho", como ya se dijo anteriormente, son los consagrados en las leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año que modificó el artículo 3 de la citada ley 33, y todas aquellas normas expedidas después de 1985, o que se expidan en el futuro, relacionadas con el tema que aquí se ha examinado.

Por lo antes dicho, debe el Tribunal despachar desfavorablemente las pretensiones del actor (...)"⁴

- Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁵.

"Pues bien, bajo la vigencia de las leyes 33 y 62 de 1985 se entiende que los factores retributivos de los servidores públicos de los cuales se deben descontar los APORTES pertinentes para las entidades prestacionales y que son relevantes para las prestaciones sociales nacionales, son los que allí determinó expresamente el Legislador".

La providencia citada, hace remisión a su vez a lo expuesto con ocasión de la Sentencia del 3 de febrero de 2000, por la sección 2 del Consejo de Estado, M.P. Dra Margarita Olaya, dentro del expediente No 257-99 en los siguientes términos:

"Para la Sala es claro que si los factores que han de ser considerados para efectos pensionales son los señalados por la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes, como quedó establecido NINGÚN FACTOR DIFERENTE PUEDE SER VALIDAMENTE INCLUIDO, aun cuando el mismo haya sido objeto de idéntica gabela, pues esta circunstancia no es presupuesto alguno de legalidad".

⁴ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDIO. M.P. Dr Rigoberto Reyez Gomez. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Expediente No 63-001-2331-000-00571-00, 259-002-2006. Actor: Marina Cardenas Zapata, Demandado; Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁵ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. M.P. Dr Ilvar Nelson Arevalo Perico, promovido por Myriam Fabra Otalora Martin contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en que se debate igualmente el derecho a una reliquidación de pensión reconocida, en la que se negaron las súplicas de la demanda, y cuyas consideraciones se tuvo en cuenta la Sentencia de Unificación de Criterios calendarada el 14 de agosto de 2003, radicación 1998-48231, con ponencia del H. Consejero Dr Tarcisio Cáceres Toro.

- Tribunal Administrativo de Cundinamarca. ⁶

"La ley 33 de 1985, como ya se dejó suficientemente explicado, es la norma aplicable a la demandante para la liquidación de la pensión de jubilación. Esta normativa establece que la pensión solo podía liquidarse con el setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Confrontado lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, se deduce con meridiana claridad que el Decreto ordena liquidar bajo los mismos presupuestos establecidos en la ley 33 de 1985, razón por la cual la liquidación de la pensión de la demandante, si bien es cierto, no debe tener como fundamento el Decreto 3752 de 2003, esta conforme a lo consagrado en la normativa aplicable a la demandante por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando reconoció la pensión de jubilación a la que ampliamente nos hemos referido y en consecuencia se denegarán las súplicas de la demanda.

Sin mas consideraciones y en mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, (...) FALLA. Primero: Negar las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia (...)"

CONSEJO DE ESTADO: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁷ (6 DE ABRIL DE 2010):

El máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, a través de providencia del 6 de abril de 2010, resolvió un recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Ministerio de Educación Nacional, contra la sentencia del 6 de abril de 2001 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Al resolver el recurso interpuesto, el Consejo de Estado, revocó la decisión emanada del Tribunal, pues consideró que el caso sub-judice, similar al que se debate en esta acción, no era susceptible de ordenar reliquidación de pensión, sino que la pensión de jubilación reconocida a la accionante debió efectuarse bajo la ley 33 de 1985.

Así se expreso la Alta Corte:

"La ley 33 de 1985 en el artículo 1º fijó como requisitos para acceder a la pensión de jubilación 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 de edad, aunque en el inciso segundo dejó a salvo los regímenes excepcionales señalados en leyes especiales, en los siguientes términos:

⁶ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA Sección Segunda. Subsección C. M.P. Dra Amparo Oviedo Pinto, sentencia del 9 de noviembre de 2006, expediente No 05-5634, actor Melquisedec Medina Martín, demandado Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Controversia. Reliquidación de pensión de jubilación.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, por la cual se resuelve un recurso de revisión el 6 de abril de 2010. Radicación 11001-03-15-000-2003-00678-01.C.P. Dra Martha Briceño De Valencia.

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.

El mismo artículo en el párrafo segundo establece un régimen de transición al disponer:

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

De conformidad con lo previsto en esta ley, el empleado oficial, sin distingo alguno, tenía derecho a la aplicación de la normativa que regía con anterioridad, para el caso, la Ley 6ª de 1945 sobre la edad de jubilación, como lo estaban los empleados públicos territoriales, incluidos los docentes territoriales, siempre y cuando a la fecha de vigencia de la Ley 33 de 1985, hubiera cumplido 15 años de servicio.

Así de no cumplir tal requisito, el empleado oficial tendría que sujetarse a las disposiciones de la ley 33 de 1985, que fijó la edad de jubilación en 55 años.

(...)

En suma, la señora Ana María Silva de Ávila no tenía aptitud legal para acceder al derecho de pensión que ordenó reconocerle el juzgador de segunda instancia, por que si bien tenía el carácter de docente nacionalizada, al entrar en vigencia la Ley 33 de 1985, no reunía el requisito legal para beneficiarse del régimen de transición previsto en la misma y en consecuencia no era beneficiaria del régimen anterior, consagrado en la Ley 6 de 1945 sino el de la nueva ley (...)"

B.) Buena Fe.

Se destaca la sentencia T 475 de 1992, de M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se expresa que

"(...)La buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (C.P. art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta ("vir bonus")...La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional no sólo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de

aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción."

En el caso se observa en el hecho de que mi representada ha actuado con la más absoluta buena fe tanto durante la recepción de los aportes de la afiliada, al momento de la consolidación del derecho a favor de la demandante y hasta la fecha por cuanto ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de la Ley 33/85 a la pensionada como régimen legal que define y determina su derecho prestacional y en esta forma fue liquidada su pensión vitalicia de jubilación.

C.) Pago. Mi representada ha cancelado a la demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor teniendo como base los factores salariales a tener en cuenta según lo dispuesto en las leyes 33 de 1985.

D.) Excepción genérica o innominada: De acuerdo con lo estipulado en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en lo contencioso administrativo de conformidad con el artículo 267 del C.C.A., cuando el juez halle probado los hechos constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia.

E.) Caducidad. La Caducidad constituye una institución jurídica por el cual un acto o el ejercicio de un derecho potestativo se encuentra sujeto un plazo prefijado y de perentoria observancia, que en caso de no ser ejecutado determina la extinción del derecho.

Sin que con ello se reconozca hecho ni pretensión alguna a favor de la demandante, hago consistir la presente excepción en el hecho de que operó la caducidad de las acciones tendientes a modificar el acto acusado a la luz de lo establecido en el Código Contencioso Administrativo artículo 164.

F.) Prescripción: Es pertinente señalar que si bien el derecho a la pensión no prescribe, no ocurre lo mismo tratándose del valor de la mesada, o la mesada misma, y las bases y factores sobre las que se calculó el monto o valor de la pensión, sobre los cuales si opera el fenómeno de la prescripción.

Este aspecto suele confundir en algunos casos, ya que se llega a creer que si el derecho a la pensión no prescribe, nada relacionado con ella prescribe, lo que naturalmente es incorrecto.

Teniendo en cuenta que el presente caso es materia del derecho laboral administrativo por cuanto conoce del mismo la justicia administrativa por tratarse de una pensión reconocida a un servidor público en este caso un docente del orden nacional pero a fin de dar solución a las controversias que al respecto se presenten es preciso integrar dichas normas con las previstas en el código sustantivo del trabajo en lo que se refiere al fenómeno de la prescripción en materia laboral.

Para ilustrar esta situación, traemos apartes de una sentencia de la sala laboral de la Corte suprema de justicia, que recoge toda una línea jurisprudencial sobre este tema:

"Sin que implique cambio de jurisprudencia -- sobre la imprescriptibilidad del derecho pensional en sí --debe precisarse que una cosa es el status o calidad de pensionado, el cual por ser de carácter permanente y generalmente vitalicio apareja la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento -- criterio jurisprudencial que se reitera--; y otra, la de los factores económicos relacionados con los elementos integrantes para la obtención de la base salarial sobre la cual se calcula el quantum o monto de la prestación, en la forma como lo hayan dispuesto el legislador, la convención o directamente las partes. Pues, en tanto que la titularidad de pensionado se predica de quien reúne los requisitos para ello, y tal situación se puede extender, por ficción legal en ciertos casos y en relación con ciertas personas, hasta con posterioridad a del causante; el valor de la pensión nace de manera individual y autónoma, con fundamento en la vigencia de los derechos laborales que la comprenden y que el legislador presume terminada con el acaecimiento del fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 488 del para las relaciones individuales del trabajo de carácter particular y que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la amplía a todas 'las acciones que emanen de las leyes sociales' del trabajo.

"Según lo dicho, como la época de causación del derecho pensional puede o no coincidir con la del establecimiento del monto de la pensión --no de su reconocimiento, que es cosa distinta--, por ser lo cierto que no necesariamente aquélla concuerda en el tiempo con el retiro del servicio del trabajador, que es el que permite, generalmente, fijar la época que cobijan los cálculos necesarios para determinar el monto de la prestación, habrá de distinguirse si los factores salariales que son objeto de reclamo por el pensionado fueron o no pagados por el empleador y, en caso de no haberlo sido, si hubo o no reclamación. En el primer evento, esto es, cuando fueron pagados los presuntos factores salariales base de liquidación, la acción personal del pensionado prescribirá transcurrido el término que para tal efecto prevén los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, ello a partir de la fecha del reconocimiento de la pensión; y en el segundo, es decir, cuando no fueron pagados los factores discutidos por el pensionado como no incluidos en la base de la liquidación, se torna vital el momento u oportunidad para que el acreedor durante el término hábil, contado a partir de la exigibilidad de éstos, exija los créditos no satisfechos, porque de lo contrario, si prescribió el derecho a ese pago como factor salarial autónomo, igual suerte tiene el reajuste pensional impetrado por esa causa.

"Y es que, se insiste, fijado el monto de la pensión surge para el pensionado el derecho a que éste sea reliquidado por desconocerse algunos de los componentes que constituyeron su base, pero tal reconocimiento está sujeto a la existencia del derecho de crédito que comporta; de tal suerte que, extinguido éste por prescripción no es posible volver a hacerle producir efectos jurídicos.

""si para el caso se estimaba tener derecho a que se incluyera como factor salarial para establecer el base para tasar la pensión de jubilación lo pagado al demandante por prima de en el último año de servicios, la exigibilidad de

esa obligación empezaba desde la fecha en que se reconoció y, por consiguiente, se cuantificó por la demandada la mesada pensional de éstos, y respecto a los aumentos anuales a partir de la fecha en que los preceptos que lo regulan lo ordenan. Esto porque en uno y otro caso, es a partir de esa data que el interesado tenía la posibilidad de acudir a la justicia para reclamar el reajuste pertinente ante el desconocimiento por parte del obligado al pago íntegro de la prestación.

"La Corte no ha confundido hechos con derechos, como equivocadamente cree el recurrente. Para la Corporación es indiscutible que son los derechos los que prescriben y no los hechos. Justamente, cuando a un trabajador se le liquida de manera errada una prestación, tal hecho es susceptible de ser discutido. Entonces, surge a partir de allí un derecho de reclamar contra la conducta irregular, como cuando se liquida mal el ingreso base de liquidación para fijar la mesada pensional. Y, correlativamente, emerge para la entidad de seguridad social, o para el empleador, según el caso, la obligación de corregirla. Pero no tiene ese específico derecho un rango de perpetuidad, que ninguna norma le otorga. Muy distinto al carácter vitalicio otorgado a la prestación jubilatoria propiamente tal, imprescriptibilidad que no se opone, sin embargo, a la extinción del derecho a disfrutar las mesadas de tres años hacia atrás por la inercia del beneficiario. Adviértase en todo caso que, no empiece la asimilación al salario de un trabajador, el ingreso mensual del pensionado se pierde por prescripción extintiva [26 de enero de 2006, expediente 35812. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón].

En lo que respecta al caso en concreto le solicito la prescripción trienal de los derechos laborales del actor.

4. PRUEBAS:

1. Poder otorgado a la suscrita.
2. Solicito se oficie a la Secretaría de Educación para que envíe al juzgado con destino al expediente copia de los documentos correspondientes a la hoja de vida del actor para verificar los datos e información pertinentes que solo posee la entidad territorial respecto a la nominación de la accionante y entidad que, en principio, ordeno el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al accionante.

5. NOTIFICACIONES

A LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, demandados en la Sede administrativa en el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, Avenida El Dorado – CAN – Bogotá D.C.

3c&a

71 19

Consultorías y Gestiones en Derecho

Al apoderado de la demandada en la Secretaría de su Despacho o en la
carrera 60 # 76 - 79 - Barranquilla, y en el correo electrónico
castillosas.fiduprevisora@gmail.com

Del señor Juez atentamente,


ANA RAQUEL MIRANDA DE LA HOZ

C.C. No. 55.225.842 de Barranquilla

T.P. No. 179.052 del C. S. de la J