REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C., OCHO (08) DE AGOSTO DE 2013

TRASLADO DE EXCEPCIONES

NATURALEZA DEL ASUNTO	: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN	: No. 13001-33-33-011-2013-00124-00
DEMANDANTE	: RAQUEL ALICIA HERNANDEZ HERRERA
DEMANDADO	: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL

DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL PARÁGRAFO 2º DEL ARTICULO 175[1] DE LA LEY 1437 DE 2011 (CPACA), SE CORRE TRASLADO A LA CONTRAPARTE DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL EN SU CONTESTACIÓN, POR EL TERMINO DE TRES (3) DÍAS EN UN LUGAR VISIBLE DE LA OFICINA DE APOYO DE LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE CARTAGENA Y EN LA PAGINA WEB DE LA RAMA JUDICIAL. WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO.

KARINA TATIANA RODRIGUEZ CÉSPEDES
SECRETARIA

[1] **PARÁGRAFO 2.** CUANDO SE FORMULEN EXCEPCIONES SE CORRERÁ TRASLADO DE LAS MISMAS POR SECRETARÍA, SIN NECESIDAD DE AUTO QUE LO ORDENE, POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS.

c&a Consultores

Consultorías y Gestiones en Derecho

Señores:
JUZGADO 11 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA DE INDIAS.
E. S. D.

REPUBLICA DE COLOMBIA ... Oficina ... Cartagena Colombia
(10) diez folios
H: 9:06am
RECIBIDO 23 JUL 2013

ASUNTO: *Contestación a la Demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho impetrada por RAQUEL ALICIA HERNANDEZ HERRERA contra La Nación - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.*

Exp. – Rad. No.:2013-00124

ACCIÓN: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: *RAQUEL ALICIA HERNANDEZ HERRERA.*
DEMANDADO: LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

CESAR AUGUSTO CASTILLO CABALLERO, mayor de edad, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando como apoderado 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 expondremos.

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:

AL HECHO 1. Es cierto tal como obra en el expediente.

AL HECHO 2. Parcialmente cierto ya que 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 3.No es cierto ya que 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 4. No es un hecho es una afirmación jurídica de la parte demandante basada en una interpretación errónea de la norma.

AL HECHO 5 y 6.No son hechos que le correspondan probar a mi mandante pero parece ser cierto conforme obra en el expediente.

AL HECHO 7.Es cierto conforme obra en el expediente.

AL HECHO 8.No es un hecho es una afirmación jurídica de la parte 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 1985[1], 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 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 parágrafo 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 parágrafo 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 parágrafo 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.

---

[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."**

En tal sentido el Honorable Consejo de Estado[2], ha señalado:

"(...) reliquidación pensional. El artículo 1° 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."
>
> "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 1° 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

---

[2] CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Providencia del 6 de marzo de 2008. C.P. Dra Bertha Lucia Ramirez De Paez. Expediente. 25000232500020030461901.

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 siguiente[3]:

"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 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 1° 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.*

---

[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).

(...) 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 6ª 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, indicado 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 CONDENA 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 Cundinamarca[5].

"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".

-. 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

---

[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 calendada el 14 de agosto de 2003, radicación 1998-48231, con ponencia del H. Consejero Dr Tarcisio Cáceres Toro.

[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 Martin, demandado Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Controversia. Reliquidación de pensión de jubilación.

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 Administrativo[7] (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:

> *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 parágrafo 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 (...)"

---

[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.

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. 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 136.

4. PRUEBAS:

1. Poder otorgado al suscrito.
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.

Al apoderado de la demandada en la Secretaría de su Despacho o en la carrera 60 # 76 - 79 Barranquilla y al email cesarcastillo1979@hotmail.com

Del Señor Juez atentamente,

CESAR AUGUSTO CASTILLO CABALLERO
C.C. No. 72.249.593 de Barranquilla
T.P. No. 174.447 del C. S. de la J.