

San Juan de Pasto, 13 de octubre de 2016

DOCTOR (A):

JUEZ (A) SEGUNDO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE PASTO

E. S. D.

61
5:54
Ventoso (28)
Gabriel Alvarado

Proceso No. 2016-00143
Demandante: Vicente Bolaños
Demandado: La Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Ref. Contestación de demanda

Afable saludo,

MIGUEL ANGEL SAMUDIO TORO, mayor de edad, vecino de esta Ciudad, abogado en ejercicio, de nacionalidad colombiana, identificado con C. C No. 87.064.800 de Pasto y portador del T. P. No. 158608 C. S. de la J., actuando como apoderado judicial de LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y del PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUPREVISORA S.A., según poderes adjuntos, mediante este escrito me permito contestar la demanda en los siguientes términos:

A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

En razón a la PRIMERA, me opongo por cuanto el acto administrativo resolución objeto de esta litis, se apega a los criterios legales establecidos en la ley 33 de 1985, ley 91 de 1989, ley 812 de 2003, decreto 3752 de 2003, vigente para la fecha de otorgamiento de la pensión, y el decreto 1158 de 1998, siendo improcedente la inclusión de los factores salariales que el(a) Demandante nombra, a la hora de calcular el Ingreso Base de Liquidación que determina la mesada a cancelar y el pago del monto a recibir por el tiempo en que el(a) Demandante adquirió el estatus de pensionado.

En razón a la SEGUNDA, nos oponemos, pues la concesión de ésta sería una consecuencia lógica de la aquiescencia por parte de este honorable Despacho a la primera declaración, por ello si me opongo a la declaración de nulidad del acto administrativo objeto de litis, me contrapongo a la solicitud de restablecimiento del derecho por parte del(a) Accionante.

En razón a la TERCERA y CUARTA, me opongo a su prosperidad judicial, pues los aumentos, ajustes de valor o intereses moratorios que se nombran solo existen de concederse las dos anteriores pretensiones, situación a la que nos oponemos.

A LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Al PRIMERO, nos atendremos a lo probado.

SEGUNDO, nos oponemos pues a la docente no les es aplicable el régimen descrito en este numeral por la Contraparte.

TERCERO y CUARTO nos atendremos a lo probado en el devenir judicial del sumario.

AL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD, COMPETENCIA, CUANTÍA Y PRUEBAS

Los acepto, en tanto están apegados a los criterios legislativos del caso.

A LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Si bien el actor, relaciona las normas laborales que según su criterio deberían aplicarse al caso sub examine, este Despacho conoce, que, en primer lugar, la jurisprudencia del Honorable Consejo de

Estado, es restrictiva en tanto a aplicar un concepto de integralidad al salario oficial, entendiendo que los factores que el accionante pretende no se aplican a la mesada pensional, quedando resignados a ser parte del Ingreso Base de Liquidación a la hora de calcular el aporte de los empleados a las respectivas Cajas, y en segundo lugar, la normatividad enrostrada por la Contraparte no es de aplicación directa o conexas a la calidad del Demandante o a sus particulares fundamentos fácticos.

Es menester que a la hora expedir el fallo, este Despacho tenga en cuenta la aplicabilidad obligatoria de las sentencias C - 258 de 2013 de la Honorable Corte Constitucional y la SU - 230 de 2015; que no hace otra cosa que explicar que los factores salariales pedidos por el Actor, no hacen parte del I. B. L. definitivo para liquidar la mesada pensional y el pago de los dineros dejados de recibir por el beneficiario desde que adquirió su estatus pensional.

EXCEPCIONES DE MÉRITO

APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

El(a) Actor(a) aplica indebidamente el régimen pensional que le es atribuible, en tanto por el momento de reconocimiento de la reliquidación, es decir el año 2002 en el caso particular, le son aplicables la ley 812 de 2003 y el decreto 3752 de 2003, que establece que el IBL para cualquier prestación solicitada por el docente no puede ser diferente a la base de cotización sobre la cual el maestro realiza sus aportes, así mismo el decreto 2341 de 2003, establece que el ingreso de cotización de los docentes arrojados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será el establecido en el decreto 1158 de 1998, determinación legal que a su vez, determina que el salario base mensual para determinar el pago de las cotizaciones será el constituido por la asignación básica mensual, la prima técnica, cuando sea factor salarial, la remuneración por trabajo dominical y festivo, las primas de antigüedad y ascenso, ergo el docente, hoy demandante, por el régimen aplicable, no tiene derecho a la inclusión de más factores salariales de los que ya la Secretaría de Educación Municipal de Pasto introdujo a la hora de resolver su reliquidación pensional por retiro.

APLICACIÓN INAPROPIADA DE LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

Las pretensiones de la Contraparte no encuentran eco en lo dispuesto por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO, en el sentido de que los honorables magistrados entienden que en virtud de la sentencia C-816 de 2011 de la Corte Constitucional, que declaró exequible condicionalmente el artículo 10 del C.P.A.C.A, tendrán preferente aplicación las sentencias de constitucional proferidas por la Corte Constitucional sobre cualquier otro alto tribunal, lo que permite a la jurisdicción administrativa, llámese juzgados o Tribunales, aplicar plenamente la sentencia C-258 de 2013, la T-078 de 2014 y parcialmente la SU 230 de 2015, en los asuntos relacionados con la reliquidación de pensiones para la inclusión de factores salariales, pero solo teniendo en cuenta para el cálculo del IBL aquellos sobre los cuales realizó la cotización pertinente. Lo que no habilita el otorgamiento de reliquidación sobre la prima de navidad, prima de vacaciones o prima de alimentación, dado que en el caso sub examine se realizaron cotizaciones sobre la asignación básica mensual.

Lo anterior ha sido sostenido por el alto Tribunal Administrativo de Nariño, en la sentencia del 23 de septiembre de 2016 radicado interno 1315 del Honorable magistrado ALVARO MONTENEGRO, además de las sentencias del 12 de agosto de 2016 radicado interno 1022 y 1061 proferidas por el Despacho del Magistrado Paulo España.

Por eso, en virtud del principio de igualdad, en respeto de del precedente antes explicado, solicito se nieguen todos y cada uno de las pretensiones de (el) la Demandante

PRESCRIPCIÓN DE MESADAS

Habrá que observar, que si bien el derecho pensional por regla general es imprescriptible, las mesadas contrario sensu, por ser prestaciones continuas y periódicas, si enfrenta las consecuencias jurídicas y perentorias del fenómeno judicial de la prescripción trienal, así las cosas, este Despacho deberá aplicar con rigurosidad la prescripción en razón a las mesadas pensionales dejadas de cobrar dentro de los tres años, ulteriores a la presentación de esta acción.

INDEBIDA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA AJUSTABLE

En este punto cabe anotar los salvamentos de voto realizados en la sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado 2006-0750901 de Honorable Consejo de Estado, que consecuentemente dicen:

“SALVAMENTO DE VOTO

PENSION DE JUBILACION – Régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Factores. Taxatividad

Si los factores que deben 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 válidamente incluirse en la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir diferentes factores a los que taxativamente dispuso la norma porque, de lo contrario, será quitarle el efecto útil al listado que dedicadamente estableció el legislador para la liquidación de pensiones de los entonces empleados oficiales.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 – ARTICULO 3 / LEY 62 DE 1985 – ARTICULO 1 PENSION DE JUBILACION – Interpretación taxativa. Principio de igualdad. Principio de la realidad sobre las formalidades. Principio de favorabilidad

No comparto el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparto la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad. El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”. Por ello, sobre la base del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no puede concluirse que los factores enlistados en una norma son meramente enunciativos ya que aunque éste incluye un mayor número de conceptos salariales a tener en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación, de la redacción del mismo tampoco se deduce que se deba incluir todo lo devengado por el trabajador. 5.) No se comparte tampoco la tesis de que la taxatividad trae como consecuencia la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos, ya que el principio de progresividad se predica en relación con los cambios legislativos hacia delante y no para interpretar régimenes de transición, vale decir, aplicación de normas anteriores.

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

Actor: LUIS MARIO VELANDIA

De manera respetuosa presento mi inconformidad con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala de Sección en sentencia de agosto 4 de 2010 dentro del expediente de la referencia, al concluir que los factores de liquidación de las pensiones de jubilación relacionados en el artículo 30 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 10 de la Ley 62 del mismo año “sólo se señalaron a título ilustrativo” y, por tanto, al momento

de efectuar el reconocimiento pensional se deben incluir además aquellos "que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio".

Las razones que me llevan a disentir de la Sala son las siguientes:

1.) Como se expuso en la decisión de la que me aparto, la Sección Segunda, a través de los años, no ha tenido una posición uniforme en torno a la taxatividad de los factores incluidos en las Leyes 33 y 62 de 1985. Sin embargo, se encuentra que en múltiples casos se dispuso la aplicación de dicha taxatividad sin consideración a los demás conceptos salariales que hubieran sido devengados por el trabajador en el último año de servicios. En efecto, en sentencia de 28 de octubre de 199, la Sección manifestó que la Ley 33 de 1985 "(...) señaló los factores que debían tenerse en cuenta en la determinación de la base de liquidación de los aportes (Art. 30.) prescripción que luego fue modificada por el artículo 10 de la ley 62 del mismo año, con lo cual quedó derogado el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978".

Asimismo aclaró que lo anterior no resulta aplicable a los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del ministerio público que por un lapso de diez años o más hubieren laborado en dichas entidades, "pues teniendo entonces éstos un régimen especial, continúan con el derecho de disfrutar de una pensión igual, al '75% de la asignación mensual mas elevada que hubiere devengado en el último año de servicios' en las citadas actividades".

Más adelante, en sentencia del 4 de noviembre de 2004, radicación número: 25000-23-25-000-1999-5763-01(3204-02). Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, se dispuso expresamente que no pueden incluirse "la prima de vacaciones, la prima de navidad, la prima de servicios, ni el quinquenio, por cuanto estos últimos no se consideran factores pensionales a la luz de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 (régimen general). Se anota que estos factores han sido computados pero en regímenes pensionales especiales cuando ellos lo permiten".

Con ponencia del mismo Consejero la Sala de la Sección Segunda unificó la jurisprudencia exponiendo:

"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 NINGUN 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. En este orden de ideas, concluye la Sala que tuvo razón la entidad demandada al NEGAR LA INCLUSIÓN DE VIATICOS como factor para el cómputo de la pensión de jubilación" (el resaltado y las mayúsculas son propias del texto).

En sentencia del 20 de septiembre 2007, radicación número: 08001-23-31-000-2000-01858-01(7873-05) C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, se aclara que cuando no se tengan quince años de servicio al momento de la entrada en vigencia de la Ley 33/85, "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 la 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. A su turno, el artículo 1 Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación. 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" (se destaca).

Por otra parte, también se ha expuesto en esta Sección que es importante considerar una situación especial sobre los factores que integran la pensión de jubilación. Se trata de aplicar la regla para liquidar el derecho pensional de quienes están cobijados por el régimen de transición contenida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por considerarla más favorable en función de los conceptos que integrarían el cálculo pensional, con el promedio de lo allí ordenado bajo el término de "lo devengado" que involucra no sólo los factores salariales definidos por el legislador o el gobierno sino todas las demás sumas percibidas por el empleado desde la entrada en vigencia de la Ley 100 hasta la consolidación de su status pensional, como las primas de navidad, de servicios, de vacaciones y el auxilio de transporte, entre otros, pero no solamente las del último año de servicios.

En providencia dictada el 14 de noviembre de 2002 se concluyó que los factores salariales enlistados en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 no resultaban aplicables a las pensiones cobijadas por el régimen de transición, salvo que los mismos constituyan una condición más beneficiosa para el pensionado, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el régimen de transición implica la observancia del régimen anterior aun para los factores de liquidación pensional, por ser ésta su naturaleza.

De acuerdo con lo anterior, la hipótesis de la taxatividad de los factores de liquidación pensional de las Leyes 33 y 62 de 1985 ha sido estudiada y acogida por la Sección desde tiempo atrás y, se ha llegado a concluir que no es posible jurídicamente ampliar el listado previsto legalmente con todo lo devengado en el último año de servicios. Por excepción, cuando por criterios de favorabilidad resulta aplicable lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se incluye lo devengado pero durante todo el tiempo que le hiciera falta al afiliado para adquirir su derecho pensional.

2.) El criterio de la taxatividad de los factores de liquidación de la pensión dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 se ha mantenido en las decisiones de la Subsección con ponencia del suscrito, desde la sentencia del 6 de agosto de 2008, rad. 0640-08 (citada en la providencia de la cual me aparto), oportunidad en la cual se expuso que no es posible aplicar otros factores pese a que sobre ellos se hayan hecho descuentos por aportes, porque si bien no se desconoce que dichas normas previeron que "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", tal expresión debe leerse bajo el entendido de que es obligación de las Cajas de Previsión **hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado**, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión.

Adicionalmente, si los factores que deben 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 válidamente incluirse en la liquidación de la pensión. Lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 no tiene otro alcance distinto al de imponer a las entidades la obligación de cancelar los respectivos aportes sobre los rubros constitutivos de factor pensional y no abrir la posibilidad de incluir diferentes factores a los que taxativamente dispuso la norma porque, de lo contrario, sería quitarle el efecto útil al listado que dedicadamente estableció el legislador para la liquidación de pensiones de los entonces empleados oficiales. Así las cosas, si la caja de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en las precitadas leyes, dichos valores deben ser reembolsados al pensionado pues, aceptar lo contrario, sería consentir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administración, situación que contraría los principios de equidad y proporcionalidad propios del sistema de seguridad social pensional.

3.) No comparto el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de "igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral" porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparto la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez "será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados".

4.) Se argumenta también en el fallo del cual me aparto la consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009 respecto a la interpretación del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. Sobre el particular estimo que en ese evento se trató un caso distinto como fue la aplicación del régimen de transición que contempla la Ley 33 de 1985 que, en el sentir de la mayoría de la Sala, remite a la Ley 6 de 1945, norma que sí dispone de manera expresa que la pensión de jubilación se conformará con "(...) el promedio de sueldos o jornales devengados (...)".

Se citó también en el mismo sentido la sentencia 0525-2009 que se refiere igualmente a una situación diferente a la discutida, como fue la de un servidor de la Registraduría Nacional del Estado Civil que gozaba de un régimen especial en materia de pensiones (Decreto 603 de 1977) y, que por consiguiente, queda excluido de la aplicación de la Ley 33 de 1995 por expresa disposición del inciso 2° de su artículo 1°.

Por ello, sobre la base del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, no puede concluirse que los factores enlistados en una norma son meramente enunciativos ya que aunque éste incluye un mayor número de conceptos salariales a tener en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación, de la redacción del mismo tampoco se deduce que se deba incluir todo lo devengado por el trabajador.

5.) No se comparte tampoco la tesis de que la taxatividad trae como consecuencia la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos, ya que el principio de progresividad se predica en relación con los cambios legislativos hacia delante y no para interpretar regímenes de transición, vale decir, aplicación de normas anteriores.

Como ya lo he dicho otras veces, en materia pensional, mientras más atrás en el tiempo se busque la norma aplicable, más favorable resulta a los intereses del pensionado y por ello, los requisitos para acceder a la prestación económica derivada de la vejez son cada vez mayores haciendo que su disfrute sea más difícil sin que ello signifique, prima facie, que se disminuyan los logros alcanzados en materia de derechos sociales. Precisamente con el fin de garantizar la progresividad de los derechos sociales en materia de seguridad social, se prevén los regímenes de transición, que le permiten al legislador salvaguardar incluso las expectativas legítimas de las personas que están próximas a pensionarse porque han cumplido determinada edad o tiempo de servicios, lo que corresponde a una política social que se adecua a los artículos 25 y 48 Superiores.

Éstas son, en síntesis, las razones que me llevan a disentir de la sentencia de la referencia."

Siendo que en aplicación de la lógica jurídica, no es factible la aplicación de los factores salariales que el (la) Demandante aduce a la hora de liquidar su pensión, es menester que este Despacho desprovea de fundamento las pretensiones y justificaciones de la Contraparte y niegue su Ius Petendi.

PRUEBAS

Oficios:

Ruego oficiar a la SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, para que envía copia certificada del expediente administrativo que dio lugar a la resolución incoada.

Así mismo, ruego solicitar a esta entidad, expida certificado en el que declare cuál era y de qué factores se componía el salario que servía como base para la cotización de los aportes de ley que la (el) Demandante realizaba.

Anexo certificado sobre la no responsabilidad de mis representados de anexar el expediente administrativo y la decisión de no CONCILIACION por parte del Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional.

Agradeciendo su atención,

Se despide,



MIGUEL ANGELO SAMUDIO TORO

T. P. No. 158608 C. S. de la J.

Dirección electrónica de notificación: miguelsamudionotificaciones@gmail.com