

ALCALDIA DE PEREIRA

Radicación No: **34322-2017**

Fecha: 28/07/2017-10:28:07

Recibido por: SANDRA MELBA BETANCOURT ARI STIZABAL

Destino: 2.9.4. Dirección de Bienes y Servicios Educativos

Anexos:

Pereira, 27 de julio de 2017

Señores

Municipio de Pereira

Secretaría de Educación Municipal y/o Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Pereira- Risaralda

REFERENCIA: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN

GLORIA LUCY SANCHEZ DE DIAZ, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 24946478 de Pereira (Rda), respetuosamente me permito interponer recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la decisión proferida en acto administrativo Resolución No. 4176 del 13 de julio de 2017, notificado el 26 de julio de 2017, por las siguientes razones:

La administración en dicho acto manifiesta que no es posible acceder a lo solicitado por directriz de la Oficina Regional del FOMAG, quien manifiesta que los docentes nacionalizados no tienen derecho al pago de factores salariales, situación que el acto administrativo no configura bajo ninguna premisa normativa, sino que basa su motivación negativa en las "manifestaciones del Fondo", dejando de lado que de conformidad con el principio de igualdad, la norma en su integridad debe ser aplicada a todos los docentes sin excepción alguna.

Nótese inclusive que la "manifestación" supuestamente realizada y en que se ampara la negativa a la solicitud, va en contravía del propio MANUAL OPERATIVO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS¹ en su capítulo 4, dirigido a las Secretarías de Educación y que, para efecto de servir de directriz, instauró el FOMAG; entidad creada mediante Ley 91 de 1989 bajo la cual se realizó la afiliación de los docentes nacionales y nacionalizados, teniendo en cuenta su vinculación.

En materia de pensión ordinaria de jubilación, los docentes no gozan de ninguna especialidad que les otorgue determinados privilegios sobre ésta prestación, pues existen regímenes especiales que se caracterizan por tener disposiciones expresas que señalan condiciones propias respecto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general, las cuales, no se dan para los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de régimen especial de pensiones.

¹ Ver <http://fomag.gov.co/flip/Manual-prestaciones-economicas/filea/assets/common/downloads/publication.pdf>

La disposición contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, consagró que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, o por las que se expidan en el futuro, mientras que los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen vigente hasta entonces en su respectiva entidad territorial.

El legislador reglamentó el régimen de prestaciones derogando las normas que le fueron contrarias, y por tanto hay que remitirse a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, entre las cuales está la Ley 33 de 1985.

Las normas que me son aplicables son las del régimen de transición contenidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que, a la entrada en vigencia de la ley contaba con más de 40 años de edad, asimismo, superaba los 15 años de servicio como docente, por lo tanto, tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad y 20 años de servicio conforme a lo consagrado con el régimen anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, la Ley 33 de 1985, Decreto 3135 de 1968, Ley 6 de 1945 y Ley 4 de 1966/ Ley 60 de 1993.

Para la reliquidación de la pensión de jubilación debe tenerse en cuenta el salario base de liquidación, asignación que comprende el salario básico, con todos los factores salariales reconocidos y pagados como retribución por el servicio según lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

En sentencia de Unificación EXPEDIENTE NÚMERO: 150012331000200502159-01 NÚMERO INTERNO: 1738-2008 AUTORIDADES NACIONALES ACTOR: HERNANDO BUITRAGO PÉREZ de la Sección segunda del Consejo de Estado MP VICTOR HERNANDO ALVAADO ARDILA, se indicó:

"(...)

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ORDINARIA DE LOS DOCENTES OFICIALES

La Ley 115 de febrero 8 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, publicada el 8 de febrero de 1994 en el Diario Oficial No. 41214, dispone:

"Art. 115. Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores" (Destacado por la Sala).

Por su parte, la Ley 100 de 1993 consagró en su artículo 279, las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social allí contenidas, preceptuando:

"Art. 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la

presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)."(Destacado por la Sala).

Así las cosas, el Sistema Integral de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, en materia de pensión de vejez ordinaria no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación e invalidez de los docentes, ya que, estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro, que el contenido en la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

En virtud del proceso de nacionalización de la educación (Ley 43 de 1975) se expidió la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales, nacionalizados, y territoriales, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional de dicho personal: En su artículo 15 la citada ley estableció:

"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley (...)."

Así las cosas, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Para resolver el punto es necesario, entonces, hacer alusión a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las cuales se encuentra la Ley 33 de 1985. Está probado en autos, que el actor en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el 1º de marzo de 1973, por ende, se le aplica la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes, Ley 33 de 1985. En conclusión, por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985 que es régimen legal general.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 no sólo equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación sino que estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se consagraron unas excepciones: "El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de 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.

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. En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

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. 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 años (50) 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 (...).

El inciso segundo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedarán sujetos a la regla antes transcrita, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Por disposición del artículo 3º del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital, y Municipal, son empleados oficiales de régimen especial. La especialidad del régimen comprende aspectos de administración de personal, situaciones administrativas, ascenso de los educadores, entre otros.

Los docentes oficiales han disfrutado de algunas prerrogativas, como la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5º), algunos gozan de la denominada pensión gracia (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933), prestaciones que reiteran las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, artículo 279 y 115 de 1994, artículo 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional. No obstante lo anterior, en materia de pensión ordinaria de jubilación los docentes no disfrutaban de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad.

Bajo estos supuestos, no se cumple la exigencia del inciso segundo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues el demandante no goza de un régimen especial para el reconocimiento de su pensión de jubilación ordinaria.

Ahora bien, el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985 consagró la posibilidad para los empleados oficiales de continuar sometidos a las disposiciones anteriores, pero con la condición de que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, al 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la ley mencionada. Sin embargo, el actor tampoco cumplía con las exigencias señaladas en la anterior disposición, pues, para el 13 de febrero de 1985, fecha de la promulgación de la Ley 33 de 1985, sólo tenía como tiempo de servicio once (11) años, once (11) meses y doce (12) días, debido a que entró a laborar el 1º de marzo de 1973.

En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado al actor debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 33 de 1985, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional.

Y bajo esta ley para tener derecho a dicha prestación, se exige que el empleado de cualquier orden (territorial, nacional, etc) haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad, requisitos acreditados por el actor. De los factores en los términos del artículo 1 de la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración estaría constituida así:

"ARTÍCULO 1º. 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 1 (i) Nació el 23 de febrero de 1949 y (ii) laboró por el período comprendido entre el 1º de marzo de 1973 y el 23 de febrero de 2004 (fecha del status) (Fl.17). 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(...)".

Ahora bien, ante la diversidad de criterios existentes en esta materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito, retomó el análisis de los factores a reconocer en la base de liquidación pensional de los reconocimientos efectuados bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes normativos y jurisprudenciales, arribando a las siguientes conclusiones:

"(...) Entonces, para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación siempre debe partirse de la base que ésta constituye una prestación producto de los aportes efectuados por el trabajador y, por lo tanto, debe otorgarse en forma óptima con el fin de no afectar sus condiciones de existencia al momento de retirarse definitivamente del servicio.

(...) Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución Política impide aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determinan la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

(...) De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquélla enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones. (...)

(...)es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios ..

(...) Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda .

(...) Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

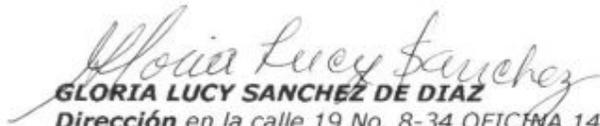
(...)En atención al citado precedente, es preciso aclarar que, la Sala no desconoce la competencia radicada por la Constitución Política en cabeza del legislador y el ejecutivo respecto de la regulación de las prestaciones sociales de los empleados públicos; sin embargo, dada la redacción de la disposición analizada, a saber la Ley 33 de 1985 modificada por la Ley 62 del mismo año, y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, no puede concederse un alcance restrictivo a dicha norma, pues se corre el riesgo de excluir de la base de liquidación pensional factores salariales devengados por el trabajador y que por su naturaleza ameritan ser incluidos para tales efectos, los cuales en el transcurso del tiempo han cambiando su naturaleza, a fin de hacerlos más restrictivos.

(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa

del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando. Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub-lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional " (Subrayado por la Sala).

Por lo anterior, le solicito que vía reposición, se me reconozca la reliquidación de mi pensión de jubilación teniendo en cuenta los incrementos porcentuales establecidos por el Gobierno Nacional, las primas y demás emolumentos que constituyen salario, desde la fecha en que adquirí el status pensional, pagar la indexación o corrección monetaria sobre y reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, conforme al CPACA.

Igualmente, que en caso de no ser favorable la decisión, se me otorgue la apelación para que sea resuelta por el superior.


GLORIA LUCY SANCHEZ DE DIAZ

Dirección en la calle 19 No. 8-34 OFICINA 14-11 Pereira cel 3122462090.



Clasificación	Petición ó Tutela		
Fecha de radicación:	28 de julio de 2017	Número de radicado:	34322
Tipo de documento:	DERECHOS DE PETICION	Fecha de oficio entrante:	
Número de oficio entrante:			
Persona natural o jurídica:	GLORIA LUCY SANCHEZ DE DIAZ		
Descripción o asunto:	RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO DE APELACION	Tiempo de respuesta (dias):	
Anexos físicos:		Descripción de anexos físicos:	
Anexos digitales:			
Destino:	OPERADOR SAIA EDUCACION - AUXILIAR ADMINISTRATIVO	Copia a:	-

