

PENSION DE DOCENTE TERRITORIAL – Evolución normativa / DOCENTE

TERRITORIAL –Sus pensiones después de ser reguladas por el legislador no podían ser objeto de un complemento de pensión nacional / PENSION DE DOCENTE TERRITORIAL –No podía devengar complemento de pensión nacional y al mismo tiempo pensión gracia / ENTIDAD TERRITORIAL – Tenía a su cargo la pensión de jubilación ordinaria del personal docente territorial

Inicialmente, la Ley 4ª de 1913, antiguo Código de Régimen Político y Municipal, en su artículo 97-4 autorizó a las Asambleas Departamentales para establecer pensiones para los maestros y maestras de escuelas oficiales, se entiende, departamentales. Se recuerda que el legislador otorgó esa facultad en momentos en que a ese personal no se le reconocía esa prestación por parte de los Departamentos con los cuales trabajaba. Posteriormente, los docentes departamentales y afines entraron a devengar pensiones reguladas por la ley, por lo que devino innecesaria la citada facultad de la Ley 4ª de 1913. La Ley 6ª de 1945, con sus modificaciones y complementaciones. En desarrollo de la Carta, esta ley consagró el régimen pensional para los empleados y trabajadores oficiales nacionales, el cual se aplicó también a los empleados territoriales. Además, respecto de los docentes, se expedieron leyes con destinación específica para regular sus pensiones. Se destaca que para ese momento -cuando el legislador ya había regulado las pensiones que podían devengar los docentes territoriales- ya no era posible que por los mismos servicios el maestro oficial territorial recibiera del Departamento un “complemento” de una pensión nacional “especial” con fundamento en una ordenanza y la pensión de jubilación “gracia” correspondiente a cargo de la Nación (por intermedio de la Caja Nal. de Previsión Social) con apoyo en la ley, dado que en ese caso se trata realmente de una sola pensión “especial” regida por la ley que es de aplicación preferente por su jerarquía y porque en definitiva la competencia reguladora de prestaciones de los servidores públicos estaba atribuida directamente al Congreso. De otra parte, el ente territorial tenía a su cargo la pensión de jubilación ordinaria del personal docente territorial pero bajo el régimen legal aplicable, por lo que no eran aplicables normas pensionales territoriales.

LEGISLADOR – El poder nominador de las actividades está sometido a sus mandatos / AUTORIDAD NOMINADORA – No puede aplicar normas prestacionales expedidas por autoridades diferentes al legislador / NORMA TERRITORIAL SOBRE PRESTACIONES – Las existentes a la entrada en vigencia del Plebiscito de 1957 dejaron de ser aplicables por mandato constitucional / LEGISLADOR – Su facultad en cuanto a señalar las normas prestacionales es indelegable

En efecto, el 1º de diciembre de 1957 el pueblo colombiano aprobó el plebiscito de dicha fecha, cuyas normas se incorporaron a la Constitución del momento. En su artículo 6º dispuso que las autoridades administrativas no podrían ejercer su poder nominador sino conforme a las disposiciones expedidas por el Congreso en las materias de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, de jubilación y de retiro o despido. En esas condiciones, ratificó la Constitución la atribución excluyente del Legislador en esas materias, la cual ya estaba asignada desde antes en ese mismo artículo. De esta manera, conforme a la anterior norma constitucional, las autoridades no podían aplicar normas situacionales, de carrera y

prestacionales, expedidas por autoridades diferentes al Legislador. Así, a partir de la entrada en vigencia de esta norma constitucional, la jubilación y el retiro o despido de los empleados estatales sólo pudo efectuarse conforme a las leyes pertinentes, vale decir, ninguna otra autoridad podía regular esta atribución, salvo, claro está, el Presidente de la República a través de decretos reglamentarios de las leyes pertinentes o decretos leyes sobre la materia. De esta manera, las normas territoriales reguladoras de esas materias que pudieran existir en ese momento dejaron de ser aplicables por mandato constitucional y todas las autoridades sólo podían ejercer sus facultades en esos campos con fundamento en la ley. En consecuencia, a partir del 1° de diciembre de 1957, conforme al artículo 62 de la Constitución, se entiende que las normas prestacionales territoriales (v.gr. adoptadas a través de ordenanzas) resultaron contrarias al mandato constitucional que reservó esa materia al Legislador; facultad que no podía ser delegada ni atribuida a ninguna otra autoridad, máxime si se advierte que el Congreso, de tiempo atrás, había expedido normas en ese campo del derecho (v.gr. Ley 6ª de 1945), con lo cual, al menos, resultaron inaplicables, habida cuenta que si una misma materia se encuentra regulada en la ley y en otra disposición de jerarquía normativa inferior, deberá preferirse en su aplicación la primera.

LEY – Deroga disposiciones generales de rango inferior / DEROGATORIA DE NORMA INFERIOR – Surge de la contrariedad con otra norma de superior rango / ORDENANZA – Es derogada por una ley sin que tenga que ser enunciada su derogatoria

La Ley 33 de 1985. El Legislador regló las pensiones a todo nivel, dejando a salvo las de régimen legal especial (v. gr. la pensión de jubilación gracia docente). Se destaca que el régimen de la pensión de jubilación docente es ordinario y en la actualidad no cuenta con normas legales que modifiquen su esencia, como la Sala especializada del Consejo de Estado ha tenido oportunidad de precisarlo. Y no sobra advertir que si la ley puede derogar otra ley, con mayor razón puede derogar disposiciones generales que tengan un rango inferior, como es el caso de las ordenanzas. Y no se puede exigir que la Constitución, ni la ley general, al regular una materia y disponer sobre la derogación tácita de las normas que le sean contrarias, tenga que enunciarlas una a una para que sea efectiva dicha derogación, pues así no lo tiene establecido nuestro régimen jurídico. Así las cosas, ni la derogación, ni la vigencia de una norma resultan de la certificación que expida una determinada autoridad sobre la misma, ni de la existencia de una norma o de una sentencia que así lo disponga. La derogación, indiscutiblemente, surge de la contrariedad de una norma con otra de superior rango a la cual esté sujeta en una determinada materia y que sea aplicable en un campo o ámbito preciso.

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – En Cundinamarca entró en vigencia el 28 de junio de 1995 / EMPLEADOS DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – Quedaron incorporados al sistema general de pensiones en virtud del Decreto 017 de 1995 / REGIMEN DE TRANSICIÓN PARA EMPLEADOS DE CUNDINAMARCA – El régimen pensional aplicable es la ley 33 de 1985 / DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – Sus empleados quedaron bajo el Sistema General de Pensiones de la ley 100 de 1993 desde Junio 1455 de 1995

Pues bien, el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 rigió, de manera general, a partir del 1° de abril de 1994 (artículo 151), mientras que para los servidores de las entidades territoriales la ley dispuso que entraría a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental (parágrafo del artículo 151). Y en el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, por Decreto número 1455 de junio 28 de 1995, se dispuso que este sistema comenzaría a regir a partir de la expedición de esta última disposición.

Además, los empleados del Departamento de Cundinamarca quedaron incorporados al sistema general de pensiones en virtud del Decreto Departamental número 017 de enero 4 de 1995. Así, los empleados departamentales de Cundinamarca quedaron bajo el imperio de la Ley 100 de 1993 en materia pensional, salvo, claro está, aquellos que quedaron bajo el régimen de transición pensional del artículo 36 de la precitada ley que remite al régimen anterior aplicable en la entidad, el cual no es otro que el de la Ley 33 de 1985, por todo lo ya analizado. Entonces, en el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA se tiene como fecha máxima para la aplicación del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 hasta el 28 de junio de 1995 y no el 23 de diciembre de 1993, porque es la fecha en que entró en aplicación el nuevo régimen.

PENSION DE JUBILACIÓN EN ENTIDADES TERRITORIALES – La Ley 100 de 1993
protegió los derechos adquiridos en situaciones individuales definidas / **DERECHOS**
ADQUIRIDOS CON ANTERIORIDAD A LA LEY 100 DE 1993 – Fueron protegidos siempre
que se tratara de situaciones individuales consolidadas / **SITUACIÓN JURÍDICA INDIVIDUAL**
CONSOLIDADA – Al ser protegida por la Ley 100 de 1993 se ampararon los derechos
adquiridos / **PENSIONADO POR JUBILACIÓN DEL ORDEN TERRITORIAL –** Sus
situaciones jurídicas individuales definidas antes de la Ley 100 de 1993 continuaron vigentes

El artículo 146 de la Ley 100 de 1993 consagra, por un lado, la protección de derechos adquiridos en situaciones individuales definidas y, por otro, el derecho a pensionarse con arreglo al régimen territorial cuando se hayan cumplido los requisitos con anterioridad a la vigencia de este artículo. No es posible admitir que ese artículo reviviera normas territoriales pensionales que con anterioridad habían desaparecido del mundo jurídico y menos aún cuando se extinguieron por su abierta inconstitucionalidad o ilegalidad. Lo que protege esta norma son las situaciones particulares administrativas definidas o las de quienes -antes de su vigencia- hubieran cumplido los requisitos pensionales frente a dicho ordenamiento cuando estuvo vigente. El inciso primero del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 determinó la vigencia de las situaciones pensionales anteriores definidas al amparo de disposiciones territoriales pensionales. La sentencia C-410 de 1997 de la Corte Constitucional, sobre el particular expresó: “ El inciso primero de la norma en referencia se encuentra ajustado a los preceptos constitucionales y en especial a lo previsto en el artículo 58 de la Constitución Política, según el cual se garantizan los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. En efecto, ha expresado la jurisprudencia de la Corporación, que los derechos adquiridos comprenden aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han consolidado y definido bajo la vigencia de la ley, y por ende ellos se encuentran garantizados, de tal forma que no pueden ser menoscabados por disposiciones futuras, basado en la seguridad jurídica que caracteriza dichas situaciones. Desde luego que lo que es materia de protección constitucional, son las situaciones jurídicas definidas, y no aquellas que tan solo configuran meras expectativas. Así pues, como lo determina expresamente el inciso primero del artículo 146 de la ley 100, las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, en materia de pensiones de jubilación extralegales, continuarán vigentes, con lo cual se desarrolla el mandato constitucional que ampara los derechos adquiridos, ya que las situaciones que se consolidaron bajo el amparo de la legislación preexistente no son susceptibles de ser alteradas o modificadas por la nueva ley. De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar

vigentes.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES – La aplicación del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 se produjo cuando el nuevo sistema entró a regir en cada nivel territorial / **AUTORIDADES TERRITORIALES** – Su facultad para regular pensiones está limitada a las normas expedidas por el Congreso / **REGIMEN PENSIONAL TERRITORIAL** – Se tornó inaplicable desde la vigencia del Plebiscito de 1957 / **ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES** – Desde la Carta de 1886 no estaban facultados para crear regímenes especiales

En cuanto a los mandatos exceptivos de los incisos 1° y 2° del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, por disposición del inciso final del citado artículo, tendrían vigencia a partir de la sanción de la ley, lo que ocurrió el 23 de diciembre de 1993 (Diario Oficial número 41148 de esa fecha), pero, como el nuevo sistema general de pensiones -que reemplazaría el antiguo régimen- entró a regir en fecha posterior, se ha admitido en principio como fecha máxima para la aplicación del precitado artículo 146 hasta cuando efectivamente el nuevo sistema entró a regir en los niveles departamental, distrital y municipal. Ahora, es importante precisar que para la aplicación de la normatividad pensional local es indispensable determinar su vigencia al momento de la consolidación del derecho, pues no es posible aceptar la ocurrencia de tal fenómeno frente a una norma no vigente o no aplicable. Y para tal efecto, se debe tener en cuenta que desde la vigencia del artículo 5° del plebiscito de 1957 (artículo 62 de la Constitución Nacional de 1886) a las autoridades les está limitado o condicionado el ejercicio de la facultad relacionada con la jubilación de los empleados a la aplicación de las normas expedidas por el Congreso. En otras palabras, no se puede dejar de lado que desde esa época era inaplicable el régimen pensional territorial por contrariedad con el mandato constitucional, pues no puede ser de recibo que se adquieran derechos contra mandato constitucional y legal. Por lo tanto, el inciso 2° del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 se debe entender en su real sentido, ajustado a derecho, vale decir, que el derecho a pensionarse bajo el amparo de las disposiciones pensionales territoriales existe mientras ellas estuvieron vigentes y hasta la aplicabilidad del artículo 146. Así las cosas, se insiste en que, desde la Carta Política anterior, las Asambleas Departamentales no estaban facultadas para crear regímenes pensionales y que la “delegación de facultades legislativas” es de naturaleza extraordinaria en el Presidente de la República y pro-tempore. No obstante, en virtud del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, como ya se analizó, decidió proteger los derechos pensionales adquiridos bajo regímenes pensionales territoriales; por eso, en cada caso es necesario determinar la vigencia del régimen pensional invocado y si el servidor alcanzó o no a consolidar su situación pensional antes de su extinción o inaplicabilidad por contrariar la Constitución.

PENSION GRACIA No fue afectada por las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993 / **SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES** – Estableció que la pensión gracia continuaría a cargo de CAJANAL y del Fondo de Pensiones Públicas que lo sustituyera / **PENSIONES DE MAESTROS E INSPECTORES DEPARTAMENTALES** – El complemento porcentual previsto mediante Ordenanza no puede modificar el señalado por el legislador / **ORDENANZA SOBRE COMPLEMENTO PENSIONAL** – No puede modificar lo previsto por el legislador / **PENSION GRACIA A DOCENTE TERRITORIAL** – No puede ser mejorada mediante Ordenanzas Departamentales / **ENTE TERRITORIAL** – No tienen competencia para modificar el régimen pensional que el legislador ha previsto para servidores locales

Se precisa que la pensión de jubilación gracia de los docentes no quedó afectada por ninguna de las siguientes disposiciones: a) Por la Ley 33 de 1985, porque quedó dentro de las excepciones

de régimen legal especial, razón por la cual no es posible invocar, por ejemplo, el régimen de transición para buscar la aplicación de otras normas anteriores; b) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque el nuevo sistema pensional no afectó dicha pensión, que cuenta con normas legales especiales que la regulan. En el parágrafo 2º del Art. 279 de la precitada Ley 100 –excepciones al sistema integral de seguridad social- quedó claramente establecido que la pensión de jubilación gracia de los educadores (de que tratan las leyes especiales que cita) continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones públicas del nivel nacional cuando éste sustituya a la caja en el pago de las obligaciones pensionales; no señaló que estuviera sometida a otro régimen. Pues bien, esta Ordenanza 59 de 1937, en su artículo 12, consagró de manera general un complemento porcentual de las pensiones de los maestros e inspectores escolares departamentales del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA pensionados por la Nación o que tengan derecho a esa gracia por la Nación, que se refiere a la llamada pensión de jubilación gracia que se paga por intermedio de la Caja Nacional de Previsión Social. Dispuso, además, que la Caja de Previsión (se entiende departamental) reconocerá el saldo que falte (complemento pensional) hasta completar el valor del último sueldo devengado por esos funcionarios, vale decir, para que unido el valor de la pensión de jubilación nacional con el nuevo complemento pensional a cargo del departamento, la suma total de los mismos corresponda al 100% del último sueldo devengado. Se considera, en principio, que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, por medio de actos administrativos generales expedidos por sus autoridades departamentales, no puede de ninguna manera “complementar” o modificar de alguna forma el régimen pensional expedido por el legislador para los educadores territoriales, así sea para crear un factor porcentual adicional a la mesada pensional que a ellos le reconoce la Nación, pero a cargo del Departamento, como es claramente el objetivo de dicha norma. Tampoco es de recibo, por ejemplo, que la pensión de jubilación gracia del 75% que para los docentes territoriales reconoce la Nación, por intermedio de la Caja Nacional de Previsión Social, se vea “incrementada” con un factor complementario del 25% a cargo del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, con el fin que el educador quede con una pensión del 100% del último salario devengado, por las siguientes razones: Si la pensión que se “complementa” (mejora) está a cargo de la Nación, sólo el legislador tiene la facultad de modificar su régimen; luego, la modificación de tal prestación pensional por medio de actos administrativos generales del orden local contraría las normas legales rectoras de dicha pensión. En efecto, si la pensión de jubilación gracia que la Nación reconoce a los docentes territoriales es del 75% conforme a la ley, no pueden los Departamentos “mejorarla” en su porcentaje, así sea a cargo de los recursos departamentales, porque ella es una sola y sometida exclusivamente al régimen legal especial que la regula. Ni siquiera los entes territoriales tienen competencia para modificar el régimen pensional que el legislador expide para los servidores públicos locales, cuya prestación corre a cargo de ellos.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD –No procede cuando al momento del fallo la norma ya ha sido anulada / **NORMA INCONSTITUCIONAL** – No puede inaplicarse cuando ya no existe en el mundo jurídico por haber sido anulada / **INAPLICACIÓN DE NORMA INCONSTITUCIONAL** – Sólo es viable respecto de normas urgentes a través de la Excepción de Inconstitucionalidad

Esta Sala observa en cuanto a la excepción de inconstitucionalidad -respecto del fundamento jurídico del derecho sustancial reclamado (Art. 12 de la Ordenanza No. 59 /37 del Departamento de Cundinamarca)- que es viable proponerla con el fin de lograr la “inaplicación” de la norma en cuestión –lo cual se debe decidir “previamente” en la sentencia- y con ello obtener posteriormente la negación de la reclamación de un presunto derecho por carecer de fundamento

jurídico (que se inaplica si es del caso). Pero, en el sub –lite, se da una situación excepcional porque POR UN LADO en la contestación de la demanda se propone la excepción de inconstitucionalidad –del fundamento jurídico del presunto derecho reclamado- PERO AL MOMENTO DEL FALLO DEL PROCESO se encuentra que la norma relevante impugnada por la vía de la excepción de inconstitucionalidad (art. 12 de la Ordenanza No. 59 /37 del Departamento de Cundinamarca) ya había sido anulada en Sentencia de junio 14 /02, Exp. No. 7017-00 de la Subsección “C” de la Sección 2ª del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Por lo tanto, indudablemente NO PUEDE PROSPERAR LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD PROPUESTA porque ésta sólo es viable respecto de NORMAS VIGENTES, lo cual no se daba en este caso para el momento del fallo y se resalta que no puede “inaplicarse” (la norma) cuando ésta ya no existe en el mundo jurídico por virtud de la nulidad que sobre ella recayó. Pero, a su vez, el Juez DEBIA SEÑALAR que –respecto del fondo de la impugnación por vía exceptiva de la citada norma- DEBIA ESTARSE A LO RESUELTO EN LA SENTENCIA EJECUTORIADA DEL CASO. En esas condiciones, en esta instancia y respecto del Numeral 1º de la resolutive de la sentencia del a-quo se confirmará por lo expuesto, CON UNA ADICION SOBRE TAL CIRCUNSTANCIA.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN 'B'

Consejero ponente: TARSICIO CÁCERES TORO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006).

Radicación número: 25000-23-25-000-2001-00520-01(4978-04)

Actor: LUIS GONZALO AGATON PEÑA

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Controversia: COMPLEMENTO DEL 25% DE LA PENSIÓN GRACIA POR ORDENANZA 59 DE 1937 DE CUNDINAMARCA

Ref. : 04078-04 AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 10 de mayo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección segunda Subsección “C”, en el expediente No. 2001 - 00520, mediante la cual declaró no probada la excepción propuesta por la demandada y negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES:

LA PRIMERA INSTANCIA Y SU TRÁMITE

LA DEMANDA. El señor LUIS GONZALO AGATON PEÑA, en ejercicio de la acción contemplada en el Art. 85 del C.C.A., el 19 de diciembre de 2000, presentó demanda contra el

DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA. Solicitó la nulidad de la Res. N°. 1211 del 14 de julio de 2000 del Departamento Administrativo del Talento Humano del Departamento de Cundinamarca que negó el reconocimiento y pago de los derechos pensionales de que trata el artículo 12 de la Ordenanza No. 059 de 1937; igualmente se decreta la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo negativo en que incurrió el Departamento de Cundinamarca en contra de los actos presuntos originados en la petición elevada el 17 de septiembre de 1999 tendientes a obtener el reconocimiento, liquidación y pago de los derechos pensionales establecidos en el artículo 12 de la Ordenanza 59/37 y que como consecuencia de la declaración anterior se declare la nulidad de los actos presuntos constitutivos del silencio administrativo negativo.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condenara al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA – FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL CUNDINAMARCA a reconocer y pagar a la P. Actora los derechos pensionales establecidos en el artículo 12 de la Ordenanza número 59 de 1937 de la Asamblea de Cundinamarca. Aclaró que la condena debe hacerse por las sumas a que asciendan los cálculos aritméticos que determinen el valor equivalente al 25% del último sueldo devengado que fue tomado por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN como base para determinar y calcular el valor de la PENSIÓN GRACIA, más los ajustes a que haya lugar de conformidad con la Ley, que la condena se efectúe de acuerdo a lo dispuesto en los Art. 151 del C. de P.L. y 176 del C.C.A instó que la condena se efectúe de acuerdo a lo dispuesto en los Art. 177 y 178 del C.C.A. y por último, que se condene a la demandada a pagar las agencias en derecho de conformidad con la Sentencia C-539 de la Corte Constitucional, del 28 de Julio de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. (fls. 31 a 32 Exp.)

Hechos: Se relatan de Fls 11 a 13 del expediente.

Normas violadas y concepto de la violación. Los artículos 2, 4, 6, 13, 25, 53 y 58 de la Constitución Política; Art. 12 de la Ordenanza número 059 de 1937; Art. 66 del Decreto Ley 01 de 1984; Art. 141 y 146 de la Ley 100 de 1993; Art. 85, 137, 177, 178, 206 del C.C.A; Art. 151 C.P.Lab; Art. 488 del C.S.T.; Sentencias C-410/97; C-539/99 y T-409/98 de la Corte Constitucional en concordancia con la Ley 153 de 1887. En resumen argumentó:

Violación de la constitución porque las autoridades de la República se encuentran instituidas para proteger la vida, honra y bienes de los nacionales y extranjeros ya que la autoridad omitió los derechos del actor consagrados en los artículos 2, 4, 13, 23, 25, 29 y 53, 93 de la C. P.

Violación del precepto de la igualdad de oportunidades de los trabajadores, siendo este el fundamento de la máxima del derecho laboral: a trabajo igual, salario igual por la razón de que a determinadas personas si se les ha reconocido los derechos pensionales consagrados en la Ordenanza 59/37.

Violación de la C. P. por omisión en el cumplimiento del imperativo legal de liquidar, reconocer y pagar los derechos pensionales siendo éste un derecho prestacional que se constituye como un verdadero derecho adquirido de conformidad con la Sentencia C-410/97 de la Corte Constitucional.

El artículo 12 de la ordenanza en mención ya que el Departamento de Cundinamarca ha sido negligente al impedir con su conducta el cumplimiento de la ley, vulnerando los legítimos intereses del demandante y contrariando flagrantemente los principios y derechos de orden constitucional.

En cuanto al artículo 66 del C.C.A por cuanto preceptúa que los actos administrativos deben ser aplicados y obedecidos tanto por los particulares como por la administración hasta tanto no se encuentren suspendidos o anulados.

Que se está transgrediendo la disposición contenida en el artículo 146 de la Ley 100/93 porque la demandante tiene un derecho adquirido y que la demandada no ha querido reconocer. (fls 13 a 16 Exp.)

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El Departamento de Cundinamarca propuso la excepción de inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ordenanza 59/37 de la Asamblea de Cundinamarca y se opuso a las pretensiones de la demanda. Manifestó:

Del Fondo de la controversia

Que no pueden despacharse favorablemente las peticiones de la demandante toda vez que esta decisión no sería procedente constitucional, legal y reglamentariamente. Ya que conforme a la Constitución Política, la regulación sobre prestaciones sociales de los servidores públicos en cualquier orden es competencia exclusiva del Congreso de la República o en caso extraordinario del Presidente de la República por esta razón la Ordenanza 59/37 es inconstitucional desde el mismo momento de su expedición.

Que el legislador ha establecido un régimen especial para el personal docente al servicio del estado, es decir, el establecido en el estatuto docente –Decreto Ley No. 2277/79-, en concordancia con el artículo 115 de la Ley 115/94 –Ley General de Educación, que establece que el ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del estatuto docente y por la mencionada ley.

En cuanto al Art. 146 de la Ley 100/93 debe tenerse en cuenta que de conformidad con el Art. 279 de la Ley de Seguridad Social, no se aplica al personal docente y por lo tanto no es viable el reconocimiento de lo previsto en la ordenanza con sustento en la Ley 100/93 y en caso de ser aplicable no se dan los presupuestos determinados en ella.

Que la aplicación del Art. 12 de la Ordenanza 59/37 sólo le es aplicable a empleados u obreros que en el momento de su vigencia estén al servicio del departamento y que de acuerdo con los documentos aportados por la actora, se vinculó y laboró para el Ministerio de Educación independientemente de prestar sus servicios en jurisdicción del Departamento de Cundinamarca pero no a la entidad territorial como tal.

Que no le asiste derecho aún por cuanto no prestaba servicios al Departamento de Cundinamarca al momento de la promulgación de la Ordenanza 59/37.

Y que por lo anterior no existió violación alguna de disposiciones constitucionales, legales ni ordenanzas invocadas por la demandante ya que los beneficios de la Ordenanza 59/37 están viciados de inconstitucionalidad desde la expedición porque las Asambleas Departamentales no tienen facultad de crear prestaciones sociales a favor de empleados. (fls 40 a 46Exp.)

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El A quo, declaró no probada la excepción propuesta por la demandada y negó las pretensiones de la demanda. Consideró:

De las excepciones.

Que no constituye en si medio exceptivo que enerve las pretensiones de la demanda.

Del fondo de la controversia

Que la administración guardó silencio respecto de la petición elevada el 17 de septiembre de 1999 al Departamento de Cundinamarca y por lo cual interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación el 3 de marzo de 2000 que por lo anterior el Director del Departamento Administrativo del Talento Humano de Cundinamarca expidió la Res. No. 1211 de julio 14 de 2000 que no repone la decisión y confirma la negativa del acto ficto.

Que aunque a la fecha de la petición la Ordenanza 59/37 no había sido objeto de demanda de nulidad, procedía su inaplicabilidad por ser contraria a la C. P. de manera clara e inequívoca y que es el Congreso de la República quien fija el régimen salarial y prestacional de empleados públicos y son funciones indelegables en la corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas.

Que por lo anterior no existió violación alguna de normas constitucionales, legales ni de la ordenanza ya que era inaplicable y fue declarada nula por la misma corporación. (fls 182 a 194 Exp.)

APELACIÓN DE LA SENTENCIA. La P. actora solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones, fundamentó el recurso con base en las siguientes consideraciones:

Que status jurídico de la P. actora fue adquirido antes del año 1996 fecha para la cual el artículo 12 de la Ordenanza 59/37 se encontraba vigente y que el demandante se encontraba laboralmente vinculado al Departamento de Cundinamarca por lo que incontrovertiblemente es titular del derecho prestacional de que trata el Art. 12 de la Ordenanza pues se dan las previsiones del Art. 146 de la Ley 100/93 máxime si se tiene en cuenta la imprescriptibilidad de los derechos pensionales.

Que aunque se hubiera declarado nulo el Art. 12 de la ordenanza para el día 19 de septiembre de 1999 cuando se agotó la vía gubernativa ésta se encontraba vigente y que de conformidad con la Sentencia 410/97 de la Corte Constitucional el demandante tiene una situación jurídica definida respecto del artículo 12 de la ordenanza, que se constituye como un derecho adquirido con arreglo al artículo 58 de la C. P. (fls 195 a 204 Exp.)

LA SEGUNDA INSTANCIA. Se admitió y tramitó el recurso de apelación. Y, ahora, al no observar causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, la Sala procederá a decidir la controversia, conforme a las siguientes

CONSIDERACIONES:

En este proceso se discute la legalidad de la Res. No. 1211 de julio 14 de 2000 del Departamento Administrativo del Talento Humano del Departamento de Cundinamarca que resuelve el recurso de reposición presentado el 3 de marzo de 2000 y la legalidad del acto ficto negativo resultado de la ausencia de respuesta a la solicitud radicada el 17 de septiembre de 1999 por parte del Departamento de Cundinamarca. El A-quo declaró no probada la excepción propuesta por la

demandada y negó las pretensiones de la demanda.

Para resolver se analizan los siguientes aspectos relevantes:

1. Información preliminar

La parte actora reclama del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA un “complemento” del 25% para la PENSIÓN DE JUBILACIÓN GRACIA con fundamento en el art. 12 de la Ordenanza No. 59 de 1937. La petición en tal sentido fue negada en vía administrativa y por el A-quo. Corresponde resolver si le asiste o no derecho en su reclamación.

2. El régimen pensional docente territorial

Al respecto se hacen las siguientes precisiones:

2.1 La Constitución Nacional de 1886 y sus reformas

Bajo la Constitución Nacional de 1886 y sus reformas, el Congreso detentaba la competencia para reglamentar los asuntos prestacionales (artículo 62, numeral 1); de manera que las Asambleas Departamentales no tenían competencia constitucional en este campo.

2.2 La pensión de jubilación ordinaria o derecho docente

Inicialmente, la Ley 4ª de 1913, antiguo Código de Régimen Político y Municipal, en su artículo 97-4 autorizó a las Asambleas Departamentales para establecer pensiones para los maestros y maestras de escuelas oficiales, se entiende, departamentales. Se recuerda que el legislador otorgó esa facultad en momentos en que a ese personal no se le reconocía esa prestación por parte de los Departamentos con los cuales trabajaba. Posteriormente, los docentes departamentales y afines entraron a devengar pensiones reguladas por la ley, por lo que devino innecesaria la citada facultad de la Ley 4ª de 1976.

La Ley 6ª de 1945, con sus modificaciones y complementaciones. En desarrollo de la Carta, esta ley consagró el régimen pensional para los empleados y trabajadores oficiales nacionales, el cual se aplicó también a los empleados territoriales. Además, respecto de los docentes, se expidieron leyes con destinación específica para regular sus pensiones.

En estas condiciones, a partir de esta normatividad, si el legislador regló de manera general las pensiones -derecho de los servidores públicos-, no es posible admitir la aplicación para la misma época de un régimen pensional (la misma prestación) con fundamento en normas legales, que se modifican o complementan con disposiciones administrativas, las que no tienen la vocación de modificar o complementar el régimen legal pensional. Lógico es concluir en la aplicación preferente del régimen superior, que es el legal y que estaba conforme a la Constitución, en cuanto a competencia para su expedición.

Se destaca que para ese momento -cuando el legislador ya había regulado las pensiones que podían devengar los docentes territoriales- ya no era posible que por los mismos servicios el maestro oficial territorial recibiera del Departamento un “complemento” de una pensión nacional “especial” con fundamento en una ordenanza y la pensión de jubilación “gracia”

correspondiente a cargo de la Nación (por intermedio de la Caja Nal. de Previsión Social) con apoyo en la ley, dado que en ese caso se trata realmente de una sola pensión “especial” regida por la ley que es de aplicación preferente por su jerarquía y porque en definitiva la competencia reguladora de prestaciones de los servidores públicos estaba atribuida directamente al Congreso.

De otra parte, el ente territorial tenía a su cargo la pensión de jubilación ordinaria del personal docente territorial pero bajo el régimen legal aplicable, por lo que no eran aplicables normas pensionales territoriales.

El plebiscito del 1° de diciembre de 1957 contempló la siguiente regla, que se incorporó a la Carta vigente de la época:

“Art. 62 ...

El Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido.”

En efecto, el 1° de diciembre de 1957 el pueblo colombiano aprobó el plebiscito de dicha fecha, cuyas normas se incorporaron a la Constitución del momento. En su artículo 6° dispuso que las autoridades administrativas no podrían ejercer su poder nominador sino conforme a las disposiciones expedidas por el Congreso en las materias de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, de jubilación y de retiro o despido. En esas condiciones, ratificó la Constitución la atribución excluyente del Legislador en esas materias, la cual ya estaba asignada desde antes en ese mismo artículo.

De esta manera, conforme a la anterior norma constitucional, las autoridades no podían aplicar normas situacionales, de carrera y prestacionales, expedidas por autoridades diferentes al Legislador. Así, a partir de la entrada en vigencia de esta norma constitucional, la jubilación y el retiro o despido de los empleados estatales sólo pudo efectuarse conforme a las leyes pertinentes, vale decir, ninguna otra autoridad podía regular esta atribución, salvo, claro está, el Presidente de la República a través de decretos reglamentarios de las leyes pertinentes o decretos leyes sobre la materia. De esta manera, las normas territoriales reguladoras de esas materias que pudieran existir en ese momento dejaron de ser aplicables por mandato constitucional y todas las autoridades sólo podían ejercer sus facultades en esos campos con fundamento en la ley.

En consecuencia, a partir del 1° de diciembre de 1957, conforme al artículo 62 de la Constitución, se entiende que las normas prestacionales territoriales (v.gr. adoptadas a través de ordenanzas) resultaron contrarias al mandato constitucional que reservó esa materia al Legislador; facultad que no podía ser delegada ni atribuida a ninguna otra autoridad, máxime si se advierte que el Congreso, de tiempo atrás, había expedido normas en ese campo del derecho (v.gr. Ley 6ª de 1945), con lo cual, al menos, resultaron inaplicables, habida cuenta que si una misma materia se encuentra regulada en la ley y en otra disposición de jerarquía normativa inferior, deberá preferirse en su aplicación la primera.

Y no sobra enfatizar que la Constitución del momento no confirió facultad a los entes territoriales ni a sus autoridades para regular prestaciones sociales.

A su turno, la Reforma Constitucional de 1968 no atribuyó a los entes territoriales ni a sus corporaciones la competencia para regular prestaciones sociales a sus servidores locales.

La Ley 33 de 1985. El Legislador regló las pensiones a todo nivel, dejando a salvo las de régimen legal especial (v. gr. la pensión de jubilación gracia docente). Se destaca que el régimen de la pensión de jubilación docente es ordinario y en la actualidad no cuenta con normas legales que modifiquen su esencia, como la Sala especializada del Consejo de Estado ha tenido oportunidad de precisarlo.

Y no sobra advertir que si la ley puede derogar otra ley, con mayor razón puede derogar disposiciones generales que tengan un rango inferior, como es el caso de las ordenanzas. Y no se puede exigir que la Constitución, ni la ley general, al regular una materia y disponer sobre la derogación tácita de las normas que le sean contrarias, tenga que enunciarlas una a una para que sea efectiva dicha derogación, pues así no lo tiene establecido nuestro régimen jurídico.

Así las cosas, ni la derogación, ni la vigencia de una norma resultan de la certificación que expida una determinada autoridad sobre la misma, ni de la existencia de una norma o de una sentencia que así lo disponga. La derogación, indiscutiblemente, surge de la contrariedad de una norma con otra de superior rango a la cual esté sujeta en una determinada materia y que sea aplicable en un campo o ámbito preciso.

El Decreto Ley 1222 de abril 18 de 1986, por el cual se expide el Código de Régimen Departamental, expresamente dispuso:

“Art. 234 El régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los Departamentos es el que establece la ley.”

La Constitución Política de 1991, sobre el particular, dispone:

“Art. 150 Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: ...

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso nacional y de la fuerza pública.

f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

g) Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrojárselas.”

Queda así, claramente establecido que la Constitución Política modificó la atribución antes mencionada, otorgando al Gobierno Nacional la facultad de la fijación del régimen prestacional dentro de los límites señalados allí mismo, es decir, en lo atinente a objetivos y criterios, sin que en parte alguna hubiera otorgado esa competencia a otros organismos del orden administrativo.

Y la Ley 100 de 1993, nuevo sistema de seguridad social, en lo pertinente, manda:

“Art. 36 La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014 fecha en la cual la edad se

incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicio cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en al presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les falte menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuera superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE, sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos". (El texto subrayado fue declarado inexecutable en la sentencia C- 168 de 1995 de la Corte Constitucional)

“Art. 146 Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones Municipales o Departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuaran vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de éste artículo, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo. Las disposiciones en este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley.” (El texto subrayado fue declarado inexecutable en la sentencia C- 410 de 1997 de la Corte Constitucional)

Pues bien, el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 rigió, de manera general, a partir del 1° de abril de 1994 (artículo 151), mientras que para los servidores de las entidades territoriales la ley dispuso que entraría a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental (parágrafo del artículo 151).

Y en el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, por Decreto número 1455 de junio 28 de 1995, se dispuso que este sistema comenzaría a regir a partir de la expedición de esta última disposición. Además, los empleados del Departamento de Cundinamarca quedaron incorporados al sistema general de pensiones en virtud del Decreto Departamental número 017 de enero 4 de 1995. Así, los empleados departamentales de Cundinamarca quedaron bajo el imperio de la Ley 100 de 1993 en materia pensional, salvo, claro está, aquellos que quedaron bajo el régimen de transición pensional del artículo 36 de la precitada ley que remite al régimen anterior aplicable en la entidad, el cual no es otro que el de la Ley 33 de 1985, por todo lo ya analizado. Entonces, en el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA se tiene como fecha máxima para la aplicación

del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 hasta el 28 de junio de 1995 y no el 23 de diciembre de 1993, porque es la fecha en que entró en aplicación el nuevo régimen.

Los Derechos Adquiridos y la Ley 100 /93

El artículo 146 de la Ley 100 de 1993 consagra, por un lado, la protección de derechos adquiridos en situaciones individuales definidas y, por otro, el derecho a pensionarse con arreglo al régimen territorial cuando se hayan cumplido los requisitos con anterioridad a la vigencia de este artículo. No es posible admitir que ese artículo reviviera normas territoriales pensionales que con anterioridad habían desaparecido del mundo jurídico y menos aún cuando se extinguieron por su abierta inconstitucionalidad o ilegalidad. Lo que protege esta norma son las situaciones particulares administrativas definidas o las de quienes -antes de su vigencia- hubieran cumplido los requisitos pensionales frente a dicho ordenamiento cuando estuvo vigente.

El inciso primero del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 determinó la vigencia de las situaciones pensionales anteriores definidas al amparo de disposiciones territoriales pensionales. La sentencia C-410 de 1997 de la Corte Constitucional, sobre el particular expresó:

“ El inciso primero de la norma en referencia se encuentra ajustado a los preceptos constitucionales y en especial a lo previsto en el artículo 58 de la Constitución Política, según el cual se garantizan los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

En efecto, ha expresado la jurisprudencia de la Corporación, que los derechos adquiridos comprenden aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han consolidado y definido bajo la vigencia de la ley, y por ende ellos se encuentran garantizados, de tal forma que no pueden ser menoscabados por disposiciones futuras, basado en la seguridad jurídica que caracteriza dichas situaciones.

Desde luego que lo que es materia de protección constitucional, son las situaciones jurídicas definidas, y no aquellas que tan solo configuran meras expectativas. Sobre esta materia, la Corporación en la sentencia No. C-350 del 29 de julio de 1997, MP. Dr. Fabio Morón Díaz, expresó:

" En primer lugar es necesario precisar la noción de derecho adquirido:

“La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa (...) Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.

“Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación e integridad, está garantizada en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

“Ajusta mejor a la técnica denominar “situación jurídica concreta o subjetiva”, al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución (...) y “situación jurídica abstracta u objetiva” a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una nueva persona en el momento en que ha entrado a regir una nueva ley. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o

en contra de una persona.”

(...)

Es decir, que el derecho sólo se perfeccionaba previo el cumplimiento de esa condición, lo que significa que mientras ello no sucediera el concesionario apenas tenía una expectativa.

“(…) la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por lo tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas “expectativas”, pues como su nombre lo indica, son aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

“Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio constituyente para el cumplimiento de su función.” (Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz)”

Así pues, como lo determina expresamente el inciso primero del artículo 146 de la ley 100, las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, en materia de pensiones de jubilación extralegales, continuarán vigentes, con lo cual se desarrolla el mandato constitucional que ampara los derechos adquiridos, ya que las situaciones que se consolidaron bajo el amparo de la legislación preexistente no son susceptibles de ser alteradas o modificadas por la nueva ley.

De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar vigentes.

Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de segunda social (ley 100 de 1993).“

En **inciso segundo** del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional en la sentencia precitada dispuso la inexecuibilidad de la expresión **“o cumplan dentro de los dos años siguientes”**. En algunos apartes pertinentes expresó:

“ Y es que si a diciembre de 1993 cuando entró en vigencia dicha ley, los trabajadores aún no habían adquirido el derecho pensional, no hay razón alguna que justifique que a los mismos se les aplique, cuando tan solo tienen una mera expectativa frente a una ley vigente, dichos preceptos pues ello genera una situación abiertamente violatoria de la igualdad, pues así como la expectativa se genera para quienes esperan pensionarse dentro de los dos años, por qué no para quienes cumplan los requisitos legales dentro de los dos años y un día o más?; nótese que lo que dispone la Constitución es que se garantizan los derechos ya adquiridos, que no pueden ser

desconocidos por una ley posterior, y no las meras expectativas. Por ende, dichos trabajadores quedarán sometidos, al momento en que respecto de ellos se consolide el derecho pensional, a las normas legales vigentes para aquel entonces, es decir, las contenidas en la Ley 100 de 1993.

Así entonces, el derecho pensional sólo se perfecciona previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, edad y tiempo de servicio, lo cual significa que mientras ello no suceda, los empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 no habían cumplido dichos requisitos, apenas tenían una mera expectativa, por lo que no les son aplicables las normas vigentes antes de la expedición de dicha ley. Quiere ello decir, que en el momento en que el legislador expidió la norma cuestionada, "el derecho" a pensionarse con arreglo a las normas anteriores no existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del empleado o servidor público. Apenas existía, se repite, una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por el legislador."

Ahora, como la Ley 100 de 1993 en el inciso 2º de su artículo 146 determinó que también tienen derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones territoriales quienes hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas con anterioridad a la vigencia de este artículo; en este caso, se estaría realmente frente a un derecho adquirido y no a una excepción.

Y no sobra señalar que en el párrafo 2º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 -que estableció excepciones al sistema integral de seguridad social- se determinó que la pensión de jubilación gracia de los educadores de que tratan las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933 continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel nacional cuando éste sustituya a la Caja en el pago de las obligaciones pensionales.

En cuanto a los mandatos exceptivos de los incisos 1º y 2º del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, por disposición del inciso final del citado artículo, tendrían vigencia a partir de la sanción de la ley, lo que ocurrió el 23 de diciembre de 1993 (Diario Oficial número 41148 de esa fecha), pero, como el nuevo sistema general de pensiones -que reemplazaría el antiguo régimen- entró a regir en fecha posterior, se ha admitido en principio como fecha máxima para la aplicación del precitado artículo 146 hasta cuando efectivamente el nuevo sistema entró a regir en los niveles departamental, distrital y municipal.

Ahora, es importante precisar que para la aplicación de la normatividad pensional local es indispensable determinar su vigencia al momento de la consolidación del derecho, pues no es posible aceptar la ocurrencia de tal fenómeno frente a una norma no vigente o no aplicable.

Y para tal efecto, se debe tener en cuenta que desde la vigencia del artículo 5º del plebiscito de 1957 (artículo 62 de la Constitución Nacional de 1886) a las autoridades les está limitado o condicionado el ejercicio de la facultad relacionada con la jubilación de los empleados a la aplicación de las normas expedidas por el Congreso. En otras palabras, no se puede dejar de lado que desde esa época era inaplicable el régimen pensional territorial por contrariedad con el mandato constitucional, pues no puede ser de recibo que se adquieran derechos contra mandato constitucional y legal.

En ese sentido, cuando se expidió la Ley 33 de 1985, aplicable a los diferentes niveles administrativos, con mayor razón no podían ser aplicadas a los empleados locales las disposiciones pensionales expedidas por autoridades territoriales, en observancia concordada de los mandatos constitucional y legal; en cambio, si le podían ser aplicables las normas legales

prestacionales destinadas al personal de las entidades territoriales. Entonces, si las normas administrativas pensionales territoriales desaparecieron del ordenamiento jurídico por su contrariedad con la Constitución, se debe entender que con la sola referencia de ellas en un mandato legal posterior no es posible revivirlas.

Por lo tanto, el inciso 2º del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 se debe entender en su real sentido, ajustado a derecho, vale decir, que el derecho a pensionarse bajo el amparo de las disposiciones pensionales territoriales existe mientras ellas estuvieron vigentes y hasta la aplicabilidad del artículo 146.

Así las cosas, se insiste en que, desde la Carta Política anterior, las Asambleas Departamentales no estaban facultadas para crear regímenes pensionales y que la “delegación de facultades legislativas” es de naturaleza extraordinaria en el Presidente de la República y pro-tempore.

No obstante, en virtud del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, como ya se analizó, decidió proteger los derechos pensionales adquiridos bajo regímenes pensionales territoriales; por eso, en cada caso es necesario determinar la vigencia del régimen pensional invocado y si el servidor alcanzó o no a consolidar su situación pensional antes de su extinción o inaplicabilidad por contrariar la Constitución.

2.3 La pensión de jubilación gracia de los docentes

En virtud de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933 se reconoció en forma especial por el Legislador una pensión de jubilación gracia, a favor de los docentes territoriales, pagadera por la Nación (Caja Nacional de Previsión Social) en cuantía del 75 % del sueldo.

Se precisa que la pensión de jubilación gracia de los docentes no quedó afectada por ninguna de las siguientes disposiciones: a) Por la Ley 33 de 1985, porque quedó dentro de las excepciones de régimen legal especial, razón por la cual no es posible invocar, por ejemplo, el régimen de transición para buscar la aplicación de otras normas anteriores; b) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque el nuevo sistema pensional no afectó dicha pensión, que cuenta con normas legales especiales que la regulan. En el parágrafo 2º del Art. 279 de la precitada Ley 100 –excepciones al sistema integral de seguridad social- quedó claramente establecido que la pensión de jubilación gracia de los educadores (de que tratan las leyes especiales que cita) continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones públicas del nivel nacional cuando éste sustituya a la caja en el pago de las obligaciones pensionales; no señaló que estuviera sometida a otro régimen.

En el Departamento de Cundinamarca se encuentra que la Asamblea del ente territorial expidió la Ordenanza 59 del 12 de julio de 1937 que consagró un “complemento del 25%” de la pensión de jubilación gracia, al disponer:

“Art. 12 Para el caso especial de los maestros e inspectores escolares pensionados por la Nación o que tengan derecho a esa gracia del tesoro nacional, la Caja de Previsión sólo reconocerá el saldo que falte para completar el valor del último sueldo devengado por el respecto inspector o maestro.

Parágrafo.- Para el caso especial de los maestros de escuela se computará como servicio al Departamento el prestado por ellos como maestros o, como directores de establecimientos de educación que tengan carácter oficial.”

Pues bien, esta Ordenanza 59 de 1937, en su artículo 12, consagró de manera general un complemento porcentual de las pensiones de los maestros e inspectores escolares departamentales del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA pensionados por la Nación o que tengan derecho a esa gracia por la Nación, que se refiere a la llamada pensión de jubilación gracia que se paga por intermedio de la Caja Nacional de Previsión Social. Dispuso, además, que la Caja de Previsión (se entiende departamental) reconocerá el saldo que falte (complemento pensional) hasta completar el valor del último sueldo devengado por esos funcionarios, vale decir, para que unido el valor de la pensión de jubilación nacional con el nuevo complemento pensional a cargo del departamento, la suma total de los mismos corresponda al 100% del último sueldo devengado.

Se considera, en principio, que el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, por medio de actos administrativos generales expedidos por sus autoridades departamentales, no puede de ninguna manera “complementar” o modificar de alguna forma el régimen pensional expedido por el legislador para los educadores territoriales, así sea para crear un factor porcentual adicional a la mesada pensional que a ellos le reconoce la Nación, pero a cargo del Departamento, como es claramente el objetivo de dicha norma.

Tampoco es de recibo, por ejemplo, que la pensión de jubilación gracia del 75% que para los docentes territoriales reconoce la Nación, por intermedio de la Caja Nacional de Previsión Social, se vea “incrementada” con un factor complementario del 25% a cargo del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, con el fin que el educador quede con una pensión del 100% del último salario devengado, por las siguientes razones:

Si la pensión que se “complementa” (mejora) está a cargo de la Nación, sólo el legislador tiene la facultad de modificar su régimen; luego, la modificación de tal prestación pensional por medio de actos administrativos generales del orden local contraría las normas legales rectoras de dicha pensión. En efecto, si la pensión de jubilación gracia que la Nación reconoce a los docentes territoriales es del 75% conforme a la ley, no pueden los Departamentos “mejorarla” en su porcentaje, así sea a cargo de los recursos departamentales, porque ella es una sola y sometida exclusivamente al régimen legal especial que la regula.

Ni siquiera los entes territoriales tienen competencia para modificar el régimen pensional que el legislador expide para los servidores públicos locales, cuya prestación corre a cargo de ellos.

Además, no podrían los entes territoriales conceder en forma total, ni aún “parcialmente”, una pensión a favor de un empleado cuya prestación reconoce la Nación excepcionalmente. Otra situación diferente es la “cuota parte” que pueda corresponderles en relación con el tiempo de servicio laborado por el pensionado en la entidad territorial, respecto de la pensión de jubilación derecho, lo cual no sucede en el caso que se analiza porque se trata de un incremento porcentual de la pensión de jubilación gracia de los docentes territoriales.

3. La pensión de jubilación gracia (docente) y su complementación porcentual por el Departamento de Cundinamarca – El caso sub - examine

Se trata de determinar si el antiguo docente territorial podía gozar de un “complemento del 25%” de su pensión de jubilación gracia, cuando el incremento se regló por el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y a cargo de éste, y que solicita el actor.

3.1 De la situación fáctica.

La pensión de jubilación gracia. Mediante Resolución 000033 de enero 12 de 1996, la Caja Nacional de Previsión Social le otorgó y liquidó a la P. actora la Pensión Gracia, y en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual de los sueldos devengados durante el último año de servicios de conformidad con la Ley 4ª de 1966. (fls 2 a 4 del exp.)

El complemento del 25 % de la pensión gracia. La P. actora solicitó al DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA el 17 de septiembre de 1999 el reconocimiento y pago del saldo que falta para completar el valor del último sueldo devengado (25%), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ordenanza número 59 de 1937. Esta petición no fue resuelta y frente al acto presunto negativo debido al silencio administrativo de la petición formulada el interesado interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación el 3 de marzo de 2000 el cual fue decidido por la Res. No. 1211 de julio 14 de 2000, negando la reclamación.

3.2 De la primera instancia y la apelación.

En demanda promovida se reclamó la nulidad de la Res. N°. 1211 de julio 14 de 2000 del Departamento Administrativo del Talento Humano del Departamento de Cundinamarca y del acto administrativo negativo en que incurrió el Departamento de Cundinamarca en contra de los actos presuntos originados en la petición elevada el 17 de septiembre de 1999. El A-quo en su decisión judicial declaró no probada la excepción propuesta por la demandada y negó las pretensiones de la demanda y la P. actora apeló, como ya se ha expresado.

3.3 De la segunda instancia.

Como ya se ha analizado ampliamente el “complemento” del 25 % de la pensión de jubilación gracia docente, a cargo del Departamento de Cundinamarca, fue consagrado en el art. 12 de la Ordenanza número 59 de 1937 de la Asamblea Departamental de Cundinamarca.

De la excepción de inconstitucionalidad del art. 12 de la Ordenanza 59/37 propuesta por la demandada.

La Parte demandada propuso esta excepción porque las Asambleas no pueden establecer prestaciones sociales siendo competencia exclusiva del Congreso, razón por la cual la Ordenanza es inconstitucional desde el momento de su expedición y de otra parte, el artículo 12, entre otros, de la Ordenanza fueron declarados nulos dentro del proceso 2000 – 7017 con ponencia del Dr. Antonio Arciniegas mediante fallo de fecha 14 de junio de 2002.

El A-quo consideró en la parte motiva del fallo que la excepción no constituye en sí un medio exceptivo que enerve las pretensiones de la demanda y en su parte resolutive la declaró no probada y negó las súplicas de la demanda.

Esta Sala observa en cuanto a la excepción de inconstitucionalidad -respecto del fundamento jurídico del derecho sustancial reclamado (Art. 12 de la Ordenanza No. 59 /37 del Departamento de Cundinamarca)- que es viable proponerla con el fin de lograr la “inaplicación” de la norma en cuestión –lo cual se debe decidir “previamente” en la sentencia- y con ello obtener posteriormente la negación de la reclamación de un presunto derecho por carecer de fundamento jurídico (que se inaplica si es del caso).

Pero, en el sub –lite, se da una situación excepcional porque POR UN LADO en la contestación de la demanda se propone la excepción de inconstitucionalidad –del fundamento jurídico del presunto derecho reclamado- PERO AL MOMENTO DEL FALLO DEL PROCESO

se encuentra que la norma relevante impugnada por la vía de la excepción de inconstitucionalidad (art. 12 de la Ordenanza No. 59 /37 del Departamento de Cundinamarca) ya había sido anulada en Sentencia de junio 14 /02, Exp. No. 7017-00 de la Subsección “C” de la Sección 2ª del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Por lo tanto, indudablemente NO PUEDE PROSPERAR LA EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD PROPUESTA porque ésta sólo es viable respecto de NORMAS VIGENTES, lo cual no se daba en este caso para el momento del fallo y se resalta que no puede “inaplicarse” (la norma) cuando ésta ya no existe en el mundo jurídico por virtud de la nulidad que sobre ella recayó. Pero, a su vez, el Juez DEBIA SEÑALAR que –respecto del fondo de la impugnación por vía exceptiva de la citada norma- DEBIA ESTARSE A LO RESUELTO EN LA SENTENCIA EJECUTORIADA DEL CASO. En esas condiciones, en esta instancia y respecto del Numeral 1º de la resolutive de la sentencia del a-quo se confirmará por lo expuesto, CON UNA ADICION SOBRE TAL CIRCUNSTANCIA.

Del “complemento” del 25 % de la Pensión de jubilación Gracia, a cargo del Departamento de Cundinamarca.

La PENSIÓN DE JUBILACIÓN GRACIA de los educadores territoriales es un derecho periódico consagrado en forma “especial y excepcional” por el Legislador. Esta normatividad no fue afectada por la Ley 33 de 1985, como tampoco por la Ley 100 de 1993 que se refirió a esta prestación como excepción a su régimen.

Esta prestación no puede ser “modificada, ni complementada” por autoridad diferente al Legislador, más cuando las autoridades territoriales no han tenido competencia para regular la materia pensional. Por lo tanto, durante el tiempo en que se supone estuvo vigente la norma ordenanzal en cita no podía producir efectos por su abierta contrariedad con la constitución y las leyes del caso.

Y su contrariedad con el régimen superior quedó patente pues la misma fue anulada en Sentencia del 14 de junio de 2002 de la Subsección “C” de la Sección 2ª del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Exp. No. 7017-00, decisión judicial que se encuentra en firme y es aplicable, en sus efectos, a este caso.

Ahora, no es posible alegar el derecho pensional del actor con apoyo en el artículo 146 de la ley 100 de 1993, porque no se trata en este caso del régimen pensional ordinario (sino de un complemento de la pensión de jubilación gracia, que es de carácter especial) al que se refiere la Ley 100 de 1993; nótese que la PENSION DE JUBILACION GRACIA –consagrada por el Legislador- continúa regida por las Leyes especiales que la regulan y no es admisible que una NORMA ADMINISTRATIVA TERRITORIAL la modifique, en este caso, para complementarla, como ya se ha expresado.

Así, no existe fundamento jurídico para reconocer la prestación reclamada en este proceso. El –aquo negó la reclamación y aquí se deberá confirmar lo decidido.

Por lo anterior, se procederá, así : i) A CONFIRMAR el num. 1º de la sentencia apelada que declaró no probada la excepción de inconstitucionalidad, con la adición de ESTARSE A LO RESUELTO EN LA SENTENCIA DE JUNIO 14 DE 2002 de la Subsección “C” de la Sección 2ª del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Exp. No. 7017-00; y ii) A CONFIRMAR el resto de la providencia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1.) CONFIRMASE el num. 1º de la sentencia del 10 de mayo de 2004, proferida por la Subsección “C” de la Sección Segunda- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el Expediente No. 2001 - 00520, instaurada por LUIS GONZALO AGATON PEÑA contra el Departamento de Cundinamarca mediante la cual declaró no probada la excepción propuesta por la parte demandada, con la “adición” de “ESTÉSE A LO RESUELTO por esa misma Corporación en la Sentencia del 14 de junio de 2002, que declaró la nulidad, entre otros, del artículo 12 de la Ordenanza No. 59 de 1937, del Exp. No. 7017-00. “

2.) CONFÍRMASE el num. 2º que negó las pretensiones de la demanda, con las precisiones anotadas en esta providencia.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha precitada.

TARSICIO CÁCERES TORO JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

