

PENSION DE JUBILACION – Regulación legal / LEY 33 DE 1985 – Aplicación. Excepciones

La Ley 33 de 1985, rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, y es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad. De su aplicación se exceptúan tres casos: 1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad. 3-) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán regiendo por las normas anteriores.

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 – ARTICULO 17 / DECRETO 3135 DE 1968 – ARTICULO 27 / DECRETO 1848 DE 1969 / DECRETO 2277 DE 1979 / LEY 6 DE 1945

PENSION DE JUBILACION DE DOCENTE NACIONALIZADO AFILIADO AL FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO –Reconocimiento. Aplicación de la Ley 33 de 1985 y régimen de transición

Si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993), entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente. Como puede observarse en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”. Tampoco lo hace la Ley 115 de 1994. En efecto, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”. Observa la Sala, que dentro del expediente se encuentra acreditado que el demandante ostenta la calidad de docente nacionalizado el cual prestó sus servicios desde el 1 de marzo de 1972 razón por la cual, su situación particular se rige por el artículo 15 numeral 1 de 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. Bajo estos supuestos, el demandante mantiene el régimen vigente en la entidad territorial en la fecha en que formuló la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, esto es, el 6 de julio de 2000. En materia de pensión de jubilación, en consecuencia, al señor Pastor Santiago Duarte le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual estableció en el artículo 1 que el tiempo de servicio es de 20 años continuos o discontinuos y la edad es de 55 años.

FUENTE FORMAL: LEY 115 DE 1994 – ARTICULO 115 / LEY 91 DE 1989 –
ARTICULO 1 / LEY 60 DE 1993 – ARTICULO 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011).

Radicación número: 54001-23-31-000-2003-00630-01(0802-10)

Actor: PASTOR SANTIAGO DUARTE

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 21 de enero de 2010, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, negó las súplicas de la demanda presentada por PASTOR SANTIAGO DUARTE contra la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Instituto de los Seguros Sociales ISS.

A N T E C E D E N T E S

Pastor Santiago Duarte, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de Norte de Santander la nulidad de la Resolución No. 1348 de 23 de diciembre de 2002, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, por medio del cual le negó el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación en su condición de docente.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó que se condene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocerle y pagarle una pensión de jubilación de

acuerdo con lo previsto en la Ley 33 de 1985, a partir de la fecha en que adquirió su estatus pensional.

Así mismo, solicitó que se de cumplimiento a la sentencia en los términos y condiciones establecidas en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Fundamenta las pretensiones en los siguientes hechos:

El señor Pastor Santiago Duarte nació 16 de abril de 1945, en el municipio de González, departamento del Cesar.

Sostuvo que, prestó sus servicios como docente durante más de veinte años.

Mediante escrito de 6 de julio de 2000 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación, en los términos previstos en la Ley 33 de 1985. El 23 de diciembre de 2002 el citado Fondo a través de la Resolución No. 1348 de 2002 negó su reconocimiento y pago, con el argumento de que el señor Pastor Santiago Duarte no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 7 de la Ley 71 de 1988.

Precisó que la entidad demandada, a través de la citada Resolución No. 1348 de 2002, consideró que el demandante no cumplió con los requisitos previstos en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, para el reconocimiento de una pensión de jubilación al no haber acreditado 60 años de edad y 20 de servicio, en una o varias entidades del orden nacional departamental o municipal.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 2, 3, 6, 13, 25, 48 y 53.

De la Ley 114 de 1913, el artículo 4.

De la Ley 33 de 1985, el artículo 1.

De la Ley 91 de 1989, el artículo 15.

De la Ley 60 de 1993, el artículo 6.

De la Ley 115 de 1994, el artículo 105.

El Decreto 224 de 1972.

Del Decreto 2277 de 1979, el artículo 31.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que la actividad docente se encuentra excluida de las previsiones del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones razón por la cual, la norma aplicable, al caso concreto, resulta ser la Ley 33 de 1985 que exige como requisitos para el reconocimiento de una pensión de jubilación 55 años de edad y 20 de servicio, los cuales fueron acreditados por el actor.

Sostuvo que, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en un análisis errado de la situación particular del señor Pastor Santiago Duarte, le negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación bajo el entendido de que, se pretendía obtener una pensión por aportes, y no la prestación pensional prevista en la Ley 33 de 1985.

Precisó que, la negativa de la administración a reconocerle y pagarle una pensión de jubilación al demandante no sólo vulnera sus derechos a la dignidad humana y al mínimo vital y móvil sino que también, desconoce su derecho adquirido a gozar de una pensión de jubilación, por el hecho de haberse desempeñado como docente.

Argumentó adicionalmente que, el acto demandado vulneró la Ley 115 de 1994 toda vez que, el régimen prestacional aplicable al demandante, en su condición de docente nacionalizado, es el previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el cual le confiere el derecho a percibir una pensión vitalicia de jubilación al haber cumplido 50 años de edad y 20 años de servicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la presente demanda en forma extemporánea, tal como se advierte a folio 122 del expediente.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante la sentencia de 21 de enero de 2010 negó las súplicas de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se resumen (fls. 152 a 158):

Argumentó, que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que, en el momento en que entró a regir la Ley 91 de 1989, la norma vigente aplicable a los docentes, en cuanto a la edad exigida para obtener su pensión de jubilación, era la Ley 33 de 1985, disposición general que en materia de pensión de jubilación se aplicaba a todos los servidores públicos que no fueran exceptuados por ella, entre los que se encontraban los docentes.

No obstante lo anterior señaló que, si bien en el caso concreto el actor cumplió con los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, para el reconocimiento de una pensión de jubilación, esto es, 55 años de edad y 20 de servicio no lo es menos que, no cumplió con las exigencias consagradas en la Ley 71 de 1988 toda vez que, al momento en que presentó su solicitud de reconocimiento pensional no había cumplido los 60 años de edad requeridos por la citada norma.

Finalmente, precisó que, no es posible perder de vista que los docentes estatales no cuentan con un régimen especial de jubilación toda vez que, si bien la Ley 115 de 1994 establece que el régimen prestacional de los educadores es el previsto en la Leyes 60 de 1973 y 91 de 1989 ninguna de esas normas, modifica aspectos tales como el monto, la edad y el tiempo de servicio necesarios para el reconocimiento de una pensión de jubilación a los docentes.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, con base en los argumentos que se pasan a resumir (fl. 170 a 184):

Reiteró que, el régimen pensional aplicable a la solicitud formulada por el demandante, tendiente a obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación como docente, es el previsto en la Ley 33 de 1985 y no en la Ley 71 de 1998.

Sostuvo que, las pretensiones del demandante están dirigidas a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, tal como lo prevé la Ley 33 de 1985, y no una pensión por aportes como lo entendió el Tribunal en la sentencia de 21 de enero de 2010.

Precisó que la Ley 71 de 1998 no resulta aplicable a la situación particular del actor toda vez que, los 20 años que acreditó para el reconocimiento de una pensión de jubilación fueron laborados como docente oficial y no en el sector privado como lo señaló el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en el acto acusado.

Argumentó que, en el momento en que el señor Pastor Santiago Duarte solicitó el reconocimiento de una pensión de jubilación contaba con 55 años de edad y 20 años de servicio por lo que la entidad demandada tenía la obligación de reconocerle y pagarle la prestación pensional deprecada, de acuerdo a las previsiones del artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Se trata de determinar si en el presente caso el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, como docente nacionalizada, en los términos previstos en la Ley 33 de 1985.

De lo probado en el proceso

De acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 53 del expediente, el señor Pastor Santiago Duarte nació el 16 de abril de 1945, en el municipio de González, Cesar.

Según Certificación No. 307 de 24 de octubre de 2000, expedida por el Jefe de Recursos Humanos de la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, el señor Pastor Santiago Duarte prestó sus servicios como docente nacionalizado, a ese ente territorial, del 1 de marzo de 1972 al 16 de julio de 1984 (fl. 52).

De acuerdo con la certificación de 20 de junio de 2000, suscrita por el Coordinador de Registro y Control de Hojas de Vida de la División de Escalafón y Carrera Docente de la Secretaría de Educación Departamental de Norte de Santander el demandante ha venido prestando sus servicios como *“maestro de secundaria del*

Colegio Departamental de Educación Media Fátima de Ocaña N.S.”, desde el 16 de julio de 1984 (fl. 57).

Mediante escrito de 6 de julio de 2000 el señor Pastor Santiago Duarte solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación, en los términos previstos en la Ley 33 de 1985 (fl. 76 a 77).

El 23 de diciembre de 2002 el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución No. 1348 de 2002 negó el reconocimiento y pago de la pretendida prestación pensional, con el argumento de que el señor Pastor Santiago Duarte no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 (fls. 31 a 32).

Del régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

En orden a resolver el presente asunto, es preciso remitirse al régimen jurídico de la pensión de jubilación de los docentes oficiales.

Dentro de los estatutos que se han aplicado se encuentran:

La Ley 6 de 1945, sobre prestaciones oficiales, consagró:

“Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

*...
b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a ...”*

En principio esta ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que luego se extendió al territorial. En materia de jubilación, esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968. Para los servidores territoriales fue subrogada por la Ley 33 de 1985.

El Decreto Ley No. 3135 de 1968, disponía:

“Art. 27 El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años

si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio” (Derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985).

Tanto el Decreto Ley 3135 de 1968, como su reglamentario (Decreto 1848 de 1969), se expidió y aplicó para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público. Respecto de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6 de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. Esta ley exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

El Decreto Ley No. 2277 de 1979, estatuto docente, indudablemente que comprende un régimen “especial” de los educadores; pero, esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, establece:

“Art. 1º. 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 (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.

...

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 (50) años de edad, si son mujeres y 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.

Par. 3º. En todo caso los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”.

La Ley 33 de 1985, rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, y es aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes; para la pensión ordinaria de jubilación exige que el empleado oficial haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad.

De su aplicación se exceptúan tres casos:

1-) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

2-) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad.

3-) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Con posterioridad a la Ley 33 de 1985 se expidió la Ley 91 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sobre el tema dispuso lo siguiente:

“Art. 1º. Para los efectos de la presente ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal Nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal Nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de

1976, sin en el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.

PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.

...

Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:

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

La Ley 60 de 1993, dispone en su artículo 6 que:

“...

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ...”

La Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó:

“Así mismo, se exceptúan a los afiliados al 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...”.

En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) 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 – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

La Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

“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.”.

Como puede observarse en materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”. Tampoco lo hace la Ley 115 de 1994.

En efecto, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.

El caso en estudio

Descendiendo al caso concreto y analizada la normatividad pertinente, el señor Pastor Santiago Duarte, fundamenta sus pretensiones en que, dada su condición de docente, le ampara un régimen pensional especial, y en consecuencia, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

Observa la Sala, que dentro del expediente se encuentra acreditado que el demandante ostenta la calidad de docente nacionalizado el cual prestó sus servicios desde el 1 de marzo de 1972 razón por la cual, su situación particular se rige por el artículo 15 numeral 1 de 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 (fls. 40).

Bajo estos supuestos, el demandante mantiene el régimen vigente en la entidad territorial en la fecha en que formuló la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, esto es, el 6 de julio de 2000 (fls. 50 a 51).

En materia de pensión de jubilación, en consecuencia, al señor Pastor Santiago Duarte le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual estableció en el artículo 1 que el tiempo de servicio es de 20 años continuos o discontinuos y la edad es de 55 años.

No obstante, la Ley 33 de 1985 en el parágrafo 2 de su artículo 1 consagró un régimen de transición en edad pensional para los empleados oficiales que a la fecha en que entró a regir, 13 de febrero de 1985, contaran con 15 años de servicio.

Teniendo en cuenta la certificación visible a folio 52 del expediente el señor Pastor Santiago Duarte ingresó a prestar sus servicios a partir del 1 de marzo de 1972, es decir, que para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró a regir la citada Ley 33 de 1985 el accionante había cumplido 12 años y 11 meses de servicio.

En estas condiciones, concluye la Sala que para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, la parte actora no contaba con más de 15 años de servicio oficial y por ello, su régimen pensional es el estipulado en la Ley 33 de 1985, conforme al cual se obtiene la pensión a partir de 55 años de edad y 20 años de servicio.

Bajo estos supuestos, y teniendo en cuenta que el demandante nació el 16 de abril de 1945 y prestó sus servicios como docente entre el 1 de marzo de 1972 al 3 de septiembre de 1984, en el departamento del Cesar, y del 16 de julio de 1984 al 20 de junio de 2000, en el departamento de Norte de Santander, estima la Sala que, el señor Pastor Santiago Duarte, al momento de presentar la solicitud de reconocimiento pensional, esto es, el 6 de julio de 2000, contaba con 55 años de edad y 28 años de servicio por lo que resulta evidente que cumplió a satisfacción con los requisitos previstos por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento de una pensión de jubilación.

En este punto la Sala, considera relevante señalar que, no comparte el argumento expuesto por el Tribunal en cuanto que al demandante le resultan aplicables las previsiones del artículo 7 de Ley 71 de 1988 toda vez que, la pensión de jubilación por aportes prevista en la citada norma, fue concebida con el fin de permitir la sumatoria de tiempo de servicio o cotizaciones del sector público y privado, situación que no se observa en el caso concreto, dado que, como quedó visto, el demandante laboró 28 años al servicio de la docencia oficial, ostentado durante todo el tiempo la calidad de empleado oficial.

Sobre este mismo particular, debe decirse que el hecho de que el demandante hubiera realizado aportes para pensión al Instituto de los Seguros Sociales, ISS., entre el 1 de marzo de 1972 y el 3 de septiembre de 1984, como lo sostiene la entidad demandada en la Resolución No. 1348 de 2002, no es razón suficiente para aplicar el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 a su situación particular, en razón a que, incluso, en ese período su estatus fue el de docente oficial y no privado, como lo exige la citada norma para efectos de acumular aportes.

Así lo sostuvo esta Sección en sentencia de 16 de febrero de 2006, M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado. Rad. 0752-2004:

***“Se estiman desacertados los planteamientos expuestos por la entidad demandada para negar la prestación, pues la pensión por aportes en los términos de la Ley 71 de 1988, fue concebida con el fin de permitir la sumatoria de tiempo de servicio o cotizaciones del sector público y privado. No se aplica dicha disposición legal a situaciones como la presente, en la cual el demandante durante el tiempo que prestó sus servicios en el ramo de la educación oficial, detentó la calidad de empleado público, y la misma condición tuvo durante el tiempo que se desempeñó en el Concejo de Bogotá, es decir, siempre fue un empleado oficial.*”**

Obedece la anterior precisión a que, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, eran afiliados forzosos del ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, quienes prestaran sus servicios a patronos particulares, mediante contrato de trabajo o de aprendizaje, los funcionarios de la Seguridad Social, y pensionados cuyas pensiones fueran compartidas con la pensión de vejez a cargo del ISS. No eran afiliados obligatorios los servidores públicos del Concejo de Bogotá D. C.

De ahí que, la Ley 71 de 1988 al establecer la pensión a favor de empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo acumulados en una o varias

entidades de previsión social de cualquier orden, y en el Instituto de Seguros Sociales, se orientara a la posibilidad de sumar aportes del sector público y privado, pues se repite, por esa época dicho Instituto para efectos de afiliaciones correspondientes al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, eran eminentemente los trabajadores que prestaran sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje. En esas condiciones es evidente que la entidad demandada, con la expedición de los actos acusados, incurrió en infracción de la normatividad legal en que debía fundarse, configurándose de esa manera la causal de nulidad.

Demostrado como está que el actor prestó sus servicios durante 27 años, 5 meses, 29 días, es claro que cumple a satisfacción con el requisito del tiempo de servicio para acceder a la pensión, incluso sin tener en cuenta el tiempo servido en el Concejo Distrital y cotizado al Seguro Social (20 de junio de 1995 al 20 de septiembre de 1996). En cuanto a la edad, tampoco hay discusión acerca de que, comprobó haber nacido el 6 de octubre de 1945 y que en la demanda pretende el reconocimiento y pago de la pensión a partir del 6 de octubre de 2000, fecha en que cumplió 55 años de edad, es decir fundado en las previsiones de la Ley 33 de 1985. (negrilla fuera del texto).

De acuerdo a las consideraciones que anteceden, estima la Sala que el demandante en el caso concreto tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, a partir del momento en que adquirió su estatus pensional, esto es el 16 de abril de 2000, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, *“equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”*.

Para efectos de liquidar la prestación anterior, se dará aplicación a la tesis mayoritaria de la Sala, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila según la cual, se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de *“igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral”* porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad. El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez *“será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”*.

último año de servicio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Sobre este particular, dirá la Sala que no hay lugar a la aplicación de la prescripción de las mesadas pensionales reconocidas toda vez, que el demandante radicó su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación el 6 de julio de 2000, y la fecha que se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la citada prestación pensional es el 16 de abril de 2000, momento en el cual adquirió su estatus pensional (fls. 76 a 77).

Finalmente, en relación con los aportes realizados por el demandante al Instituto de los Seguros Sociales, ISS², estima la Sala, que en virtud a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 33 de 1985, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrá derecho a repetir contra el citado Instituto, a prorrata del tiempo que el señor pastor Santiago Duarte hubiere servido o aportado por concepto de pensión.

Para mayor ilustración se transcribe el citado artículo 2 de la Ley 33 de 1985:

***“Artículo 2º. La Caja de Previsión obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas, o contra las respectivas Cajas de Previsión, a prorrata del tiempo que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos. El proyecto de liquidación será notificado a los organismos deudores, los que dispondrán del término de quince (15) días para objetarlo, vencido el cual se entenderá aceptado por ellos.*”**

Para los efectos previstos en este artículo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará anualmente las compensaciones a que haya lugar, con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o Cajas, por concepto de aportes del Presupuesto Nacional; cuando se trate de entidades del orden departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, la compensación anual se efectuará con cargo a las correspondientes transferencias de impuestos nacionales.” (negrilla fuera del texto).

² Mediante Auto de 27 de noviembre de 2006, el Tribunal ordenó notificar de la presente demanda al Presidente del Instituto de los Seguros Sociales, por conducto del Gerente de la Seccional Norte de Santander (ver folio 88 del expediente).

Por las razones expuestas, la Sala revocará la providencia impugnada que negó las súplicas de la demanda y en su lugar accederá a las pretensiones de la demanda.

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,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 21 de enero de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander dentro del proceso de nulidad con restablecimiento del derecho instaurado por el señor Pastor Santiago Duarte contra la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y del Instituto de los Seguros Sociales ISS, en su lugar, se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 1348 de 23 de diciembre de 2002, proferida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en esta providencia.

ORDÉNASE al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer a favor del señor Pastor Santiago Duarte, a partir del 16 de abril de 2000, pensión de jubilación en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

ORDÉNASE al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que sobre las sumas de condena reconozca y pague a favor del señor Pastor Santiago Duarte los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R= R.H. \frac{INDICE\ FINAL}{INDICE\ INICIAL}$$

En la que el valor presente ® se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el señor Pastor Santiago Duarte, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, teniendo en cuenta el carácter de tracto sucesivo de la obligación).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada correspondiente a la pensión de jubilación que dejó de devengar desde el 16 de abril de 2000, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una de ellas.

En relación con los aportes realizados por el demandante al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio **tendrá derecho** a repetir contra el citado Instituto, a prorrata del tiempo que el señor pastor Santiago Duarte hubiere servido o aportado por concepto de pensión, tal como se expresó en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE

GERARDO ARENAS

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

