

PENSION DE DOCENTEN AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- No reconocimiento por la entidad administradora de los recursos. Falta de competencia. Acceso a la administración de justicia

Para la Sala resulta evidente que la Fiduciaria la Previsora S.A., al expedir el Oficio de 23 de abril de 2004, se arrogó una competencia que no le está dada por las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y los Decretos reglamentarios 1775 de 1990 y 2831 de 2005 toda vez que, como quedó visto con anterioridad, su función dentro del trámite de reconocimiento de prestaciones económicas a los docentes afiliados al Fondo, se limita a aprobar o improbar los proyectos de resoluciones que previamente a elaborado la secretaria de educación del ente territorial en el cual labora el docente peticionario. Bajo este supuesto, en ningún caso la Fiduciaria la Previsora S.A., en su condición de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está facultada para dar respuesta directamente a las peticiones de los docentes, tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dado que su naturaleza es la de una sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de empresa industrial y comercial del estado, cuyo objeto no es el de definir la situación prestacional de un servidor público, a través de actos administrativos. Sin embargo, en el caso concreto, a juicio de la Sala el hecho de que el citado Oficio le hubiera manifestado al demandante que *"no era posible dar curso a su solicitud de tramitar la pensión de jubilación"*, no hace otra cosa que definirle su derecho pensional razón por la cual, en aras de garantizarle su derecho de acceso a la administración de justicia, (artículo 229 de la Constitución Política) y teniendo en cuenta el carácter especialísimo e imprescriptible de que goza el derecho pensional, deberá entenderse que el citado Oficio constituye el acto administrativo a través del cual la administración resolvió la petición formulada por el actor tendiente a obtener el reconocimiento y pago de una prestación pensional.

FUENTE FORMAL: LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 5 / DECRETO 1775 DE 1990 / LEY 962 DE 2005 – ARTICULO 56 / DECRETO 2831 DE 2005 – ARTICULO 2 / DECRETO 2831 DE 2005 – ARTICULO 3

PENSION DE DOCENTEN AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – El régimen aplicable lo determina la fecha de vinculación

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 éstas 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. 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 5 de agosto de 1983 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 prestacional vigente a la fecha en que adquirió su estatus pensional.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 / LEY 91 DE 1989 / LEY 60 DE 1993 / LEY 115 DE 1994

PENSION DE DOCENTE AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Régimen de transición en edad. Reconocimiento a los 50 años. Aplicación

En materia de pensión de jubilación, en consecuencia, al señor Jaime Amorocho Murallas 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. La Ley 33 de 1985 en el párrafo 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 94 del expediente el señor Jaime Amorocho Murallas ingresó a prestar sus servicios como docente oficial a partir del 5 de agosto de 1983, 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 1 años y 6 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.

FUENTE FORMAL: LEY 33 DE 1985 – ARTICULO 1 PARAGRAFO 2

PENSION POR APORTES – Acumulación de tiempo de servicio del sector público y del sector privado / PENSION POR APORTES – No se aplica por sólo aportar al Instituto de Seguros Sociales

No comparte el argumento expuesto por la parte demandada en el recurso de apelación 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 20 años y 5 meses al servicio de la docencia oficial, ostentado durante todo el tiempo la calidad de empleado público. 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., como lo sostiene la entidad demandada de acuerdo con la certificación de 10 de junio de 2004 suscrita por el Jefe del Departamento de Recursos Humanos del Hospital Universitario Ramón González Valencia, visible a folio 43 del expediente, 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 empleado oficial y no privado, como lo exige la citada norma para efectos de acumular aportes. Finalmente, en relación con los aportes realizados por el demandante al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, 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 Jaime Amorocho Murallas hubiere servido o aportado por concepto de pensión.

FUENTE FORMAL: LEY 71 DE 1988 – ARTICULO 7 / LEY 33 DE 1985 – ARTICULO 2

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION "B".

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil once (2011).

Radicación número: 6800-1231-5000-2004-02094-01(1887-08)

Actor: JAIME AMOROCHO MURALLAS

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 24 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda formulada por JAIME AMOROCHO MURRALLAS contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

Jaime Amorocho Murallas, por intermedio de apoderado judicial y, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Santander la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio de 23 de marzo de 2004, suscrito por la Directora de Prestaciones Económicas (e) de la Fiduciaria la Previsora S.A., por medio del cual se negó al demandante el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander, reconocer y pagar a favor del demandante una pensión de jubilación en los términos previstos en la Ley 33 de 1985, en monto igual al

75% de lo devengado durante el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio.

Así mismo, solicitó el pago de las mesadas pensionales pendientes desde el 4 de agosto de 2003.

Y, finalmente pidió que las sumas resultantes de las condenas sean ajustadas conforme al artículo 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Las pretensiones de la demanda se sustentan en los siguientes hechos:

Sostuvo el demandante que prestó sus servicios como docente oficial al servicio de la Secretaria de Educación de Santander, por espacio de 23 años, 6 meses y 17 días.

Se indicó que, el demandante alcanzó su estatus pensional el 5 de agosto de 2003, dado que para esa fecha había reunido los requisitos exigidos por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, para acceder al reconocimiento de una pensión de jubilación, esto es, 20 años de servicios y 55 años de edad.

Manifestó que, en efecto la prestación pensional que reclama el demandante encuentra su fundamento en lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989, las cuales prevén el reconocimiento de una pensión de jubilación al *“empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55).”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Oficio de 8 de enero de 2004, le manifestó al señor Jaime Amorrocho Murallas la imposibilidad de reconocerle y pagarle una pensión de jubilación toda vez que, no se probó el tiempo laborado entre el 10 de noviembre de 1972 y el 31 de julio de 1982.

Sobre el particular, el demandante precisó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en primer lugar, que la pensión cuyo reconocimiento solicita es en calidad de docente y servidor público y, en segundo lugar, insistió en el hecho de haber acreditado 20 años de servicios y 55 años de edad.

El 5 de marzo de 2004, la Coordinadora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le informó al actor que su solicitud, tendiente a obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación, había sido negada dado que la prestación pensional que le corresponde solicitar es la pensión por aportes.

No obstante lo anterior, la Fiduciaria la Previsora S.A., mediante escrito de 23 de abril de 2004 le informó al demandante que no es posible acceder a su solicitud de reconocimiento pensional teniendo en cuenta que, al haber realizado aportes al Instituto de lo Seguros Sociales, la prestación a solicitar es la pensión por aportes.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 2, 6, 25 y 58; del Código Civil, el artículo 10; de la Ley 57 de 1887, el artículo 5; la Ley 6 de 1945; de la Ley 4 de 1966, el artículo 4; de la Ley 33 de 1985, el artículo 1; la Ley 62 de 1985; la Ley 71 de 1988; de la Ley 91 de 1989, los artículos 1, 2 y 15; la Ley 60 de 1993; la Ley 115 de 1994; del Decreto 1285 de 1955, el artículo 1; del Decreto 1743 de 1966, el artículo 5 y el Decreto 2709 de 1994.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que el acto acusado no sólo desconoce la condición que ostentaba el demandante como docente oficial, al servicio de la Secretaría de Educación del departamento de Santander, sino también el hecho de que reunía la totalidad de los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento de una pensión de jubilación.

Sostuvo que, la entidad demandada vulneró lo dispuesto por la Ley 91 de 1989 al negarle al demandante la posibilidad de acceder al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, de conformidad con el régimen prestacional que venía gozando, esto es, el previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Precisó que, el hecho de que el demandante hubiera efectuado cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales no es óbice para que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se abstenga de reconocerle su derecho pensional, dado que no hay duda que el señor Jaime Amorocho Murrallas en su

condición de docente reúne los requisitos exigidos por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

Concluyó que, era innegable la vocación pensional del demandante al haber reunido los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento de la pensión de jubilación, prestación que debió ser pagada desde el mismo momento en que hizo la solicitud ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda con los siguientes argumentos (fls. 67 al 75):

Considera la entidad accionada que, el oficio acusado no constituye un acto administrativo demandable ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo toda vez que, el mismo únicamente contiene una respuesta de la Directora de Prestaciones Económicas (e) de la Fiduciaria la Previsora S.A., a la petición del actor tendiente a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación.

Manifestó que, la presente demanda se torna en inepta dado que el acto acusado, esto es, el oficio de 23 de abril de 2004 no fue expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sino por la Fiduciaria la Previsora S.A., quien no está facultada para definir un derecho prestacional, mucho menos de naturaleza pensional.

De acuerdo con lo expuesto, manifestó que el acto administrativo que definió el derecho pensional del señor Jaime Amorocho Murallas no es otro que el Oficio de 8 de enero de 2004, por el cual la Coordinadora Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de Santander, responde al demandante la petición radicada el 3 de septiembre de 2003, tendiente a obtener el pago de una pensión de jubilación, el cual no fue cuestionado en la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Precisó que, teniendo en cuenta el principio de justicia rogada no es viable, en el caso concreto, el estudio de legalidad de un oficio suscrito por la Fiduciaria la Previsora S.A., el cual, no sólo no fue expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino que tampoco resuelve las solicitudes de

reconocimiento pensional formuladas por el demandante el 8 enero, 5 marzo y 12 y 23 de abril del 2004.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander en sentencia de 24 de abril de 2008, accedió a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 109 a 115):

Sostiene el Tribunal en relación con la excepción denominada "*inepta demanda por falta de requisitos formales*" que tal argumento, en estricta técnica, no corresponde a una excepción de fondo con capacidad de enervar las pretensiones de la demanda toda vez que, en caso de prosperar se incurriría en la falta de un presupuesto material que debe decidirse en el momento de proferir sentencia, y no antes como lo sugiere la parte actora.

Precisó que, el señor Jaime Amorocho Murallas siempre dirigió sus solicitudes de reconocimiento pensional, en sede administrativa a la entidad demandada, entre ellas la solicitud a la que se da respuesta mediante el acto impugnado a través de la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Bajo este supuesto, manifestó que teniendo en cuenta que el demandante resultó beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 su solicitud de reconocimiento pensional debió resolverse de acuerdo a lo previsto por la Ley 33 de 1985, régimen vigente y aplicable a los empleados del sector público en todos sus órdenes.

Señaló que, contrario a lo afirmado en el acto demandado la situación del señor Jaime Amorocho Murallas no se rige por lo previsto en la Ley 71 de 1988, pensión por aportes, toda vez que dicha prestación fue concebida para quienes laboraron al servicio del sector público y privado, circunstancia que no se observa en el caso concreto dado que, el actor siempre laboró como docente oficial al servicio de la Secretaria de Educación del departamento de Santander.

Concluyó que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, en cuantía del 75% del salario base que sirvió para calcular sus aportes durante el último año de servicios.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada formuló recurso de apelación contra la anterior providencia con los argumentos que a continuación se resumen (fls. 133 a 141):

Precisó que, el Oficio del 23 de marzo de 2004, proferido por el Directora (e) de Prestaciones Económicas de la Fiduciaria la Previsora S.A, no constituye un acto susceptible de ser anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en primer lugar, porque la citada empresa fiduciaria no tiene el carácter de autoridad administrativa y, en segundo lugar, porque sólo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está autorizado legalmente para dar respuestas a las solicitudes que formulen los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento y pago de una prestación pensional.

Indicó que, el citado Oficio de 23 de marzo de 2004 se limita a informarle al demandante que en reiteradas ocasiones se le ha negado el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, en su condición de docente, por lo que en ningún momento se le está creando, modificando o extinguiendo su situación particular y concreta en relación con el derecho pensional reclamado, como erradamente lo consideró el Tribunal.

Argumentó que, que en la sentencia de primera instancia, en el punto relacionado con los hechos, concretamente en el numeral primero, se afirma que el señor Jaime Amorocho Murallas prestó sus servicios como docente oficial al servicio de la Secretaria de Educación de Santander, por un tiempo total de 23 años, 6 meses y 17 días, contados a partir del 10 de noviembre de 1972. Sin embargo, deja de presente que a folio 38 del expediente obra certificación expedida por la Asesora de Secretaría General del Ministerio de Educación Nacional, que da cuenta de la posesión del señor Jaime Amorocho Murallas, el día 10 de noviembre de 1972, en el cargo de Auxiliar de Ingeniería en la Seccional del ICCE en Santander.

En estos términos el recurrente dejó sustentado el recurso de apelación, mediante el cual se solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

DE LA INTERVENCIÓN DE LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

El Despacho que sustancia la presente causa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, puso en conocimiento de la Previsora S.A., mediante auto de 2 de marzo de 2009, la existencia de este proceso, con el fin de que se manifestara respecto de una eventual nulidad, conforme lo previsto en el artículo 145 ibídem, en relación con lo cual sostuvo (fls. 237 a 250):

La Fiduciaria la Previsora S.A., es una empresa Industrial y Comercial del Estado razón por la cual, las actividades que le han sido encomendadas se gobiernan por un régimen privado dentro del cual no está prevista la función de expedir actos administrativos que definan la situación prestacional de los servidores públicos, más aún de aquellos que gozan de regímenes especiales, como es el caso de los docentes.

Precisó que, en desarrollo del contrato de fiducia mercantil suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, debe decirse que su función se limita a aprobar los proyectos de resoluciones, de reconocimiento prestacional, que elabora el citado fondo y la Secretaría de Educación del correspondiente ente territorial donde el docente prestó sus servicios, y no definir el derecho como lo quiere hacer ver la parte demandante.

Bajo estos supuestos, concluyó que no hay razón para llamar a la fiduciaria la Previsora S.A., a comparecer al presente proceso, bajo el entendido que la autoridad administrativa facultada para expedir el acto de reconocimiento prestacional del demandante es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo a lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y los Decretos 1775 de 1990 y 2831 de 2005.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

El problema jurídico

Se trata de determinar, en primer lugar, si el Oficio de 23 de abril de 2004, suscrito por la Directora de Prestaciones Económicas (e) de la Fiduciaria la Previsora S.A., constituye el acto administrativo mediante el cual se le dio respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, formulada por el señor Jaime Amorocho Murallas, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación.

En caso de que el citado Oficio constituya el acto administrativo por el cual se le definió la situación pensional al demandante, la Sala entrará a estudiar su legalidad con el fin de establecer si la negativa contenida en el mismo resulta acorde a lo dispuesto en las normas que regulan lo concerniente al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a los docentes oficiales.

Hechos probados

Según certificación expedida por la Secretaría General del Ministerio de Educación Nacional, el demandante prestó sus servicios al extinto Instituto de Construcciones Escolares ICCE, de la siguiente forma (fl 38):

“Por Resolución No. 3802 de octubre 30 de 1972, emanada del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares “ICCE”, fue nombrado en el cargo de Auxiliar de Ingeniería en la Seccional del ICCE en Santander, surte efectos fiscales el 30 de octubre de 1972. Se posesionó el 10 de noviembre de 1972.

Por Resolución No. 3777 de agosto 6 de 1974, emanada del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares “ICCE”, fue incorporado en la planta de personal del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares “ICCE” en el cargo de Asistente Ingeniería II-17 en la Regional de Santander del Sur, surte efectos fiscales a partir del 1 de enero de 1974.

Por Resolución No. 0435 de febrero 7 de 1975, emanada del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares “ICCE”, fue declarado insubsistente el nombramiento hecho como Auxiliar de Ingeniería II-17 en la Regional de Santander, a partir del 6 de febrero de 1975.”

De acuerdo con el certificado de 25 de agosto de 2004, suscrito por la Subsecretaría Administrativa de la Alcaldía de Bucaramanga, Santander, el señor Jaime Amorocho Murallas laboró al servicio del citado ente territorial del 29 de marzo de 1976 al 11 de julio de 1977, en el cargo de Topógrafo, dependiente de Valorización municipal (fl. 36).

El Hospital Universitario Ramón González Valencia, mediante certificación de 10 de junio de 2004, precisó que el señor Jaime Amorocho Murallas laboró en dicho centro asistencial, como Auxiliar de Ingeniería, del 7 de febrero de 1980 al 31 de julio de 1982, *“cotizando en salud y pensiones al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales”* (fl. 43).

Según certificación de 22 de julio de 2003, suscrita por la Secretaría de Educación de la Gobernación de Santander, el señor Jaime Amorocho Murallas, se viene desempeñando como docente Nacionalizado, en el nivel Básica Secundaria, desde el 5 de agosto de 1983, hasta la fecha de expedición de la presente certificación (fl. 94).

El 23 de abril de 2004 la Directora de Prestaciones Económicas de la Fiduciaria la Previsora S.A., le informó la demandante que *“teniendo en cuenta que había efectuado cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales”* no era posible dar curso a su solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de jubilación (fl. 22).

Del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y del Oficio de 23 de abril de 2004.

En relación con el servicio público y derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 48 de la Constitución Política debe decirse que, su desarrollo legislativo en el ordenamiento jurídico Colombiano encuentra su máxima expresión en la Ley 100 de 1993, mediante la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral en Salud y Pensiones, y se dictan otras disposiciones.

No obstante lo anterior, el artículo 279 de la citada Ley 100 de 1993 exceptúa de su aplicación unos regímenes especiales de seguridad social, entre los que se encuentran el de los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y el

de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo anterior en atención a la trascendencia social que envuelven las funciones que desarrollan.

En efecto, en punto del servicio docente, se observa que el legislador mediante la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad entre otras es el pago de las prestaciones sociales a sus afiliados, esto es, de los docentes. Así se observa en el artículo 5 ibídem:

“ARTÍCULO 5o. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

- 1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*
- 2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*
- 3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.*
- 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*
- 5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.”.*

En relación con los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la citada norma, teniendo en cuenta el proceso de nacionalización de la educación oficial llevado a cabo en el país mediante la Ley 43 de 1975, señaló que quedarían automáticamente afiliados al Fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la citada ley, esto es, 29 de diciembre de 1989 y, así mismo, el personal vinculado con posterioridad, siempre que cumplieran los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

En lo que se refiere a los recursos económicos que hacen parte del citado Fondo, el artículo 8 ibídem indicó que los mismos estarían integrados, principalmente por los aportes de los docentes afiliados, en cuantía del 5% del sueldo básico mensual.

Para mayor ilustración se transcribe el citado artículo 8 de la Ley 91 de 1989:

“Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4a. de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.*
- 7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.*
- 8. Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.*
- 9. Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que conceda.*
- 10. Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.*

Parágrafo 1. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4. de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2.”.

Y, en punto del manejo de los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, dispuso que para tal efecto que el Gobierno Nacional suscribiría un contrato de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria de naturaleza estatal o de economía mixta la cual se encargaría de su administración. Así se observa en el citado artículo 3:

“(...) El Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.”.

Con posterioridad, el Presidente de la República mediante Decreto 1775 de 3 de agosto de 1990, artículos 5 a 8, reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio precisando, en relación con el trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de los docentes, que las mismas debían ser radicadas ante la Oficina de Prestaciones Sociales del respectivo Fondo Educativo Regional, quien procedería a realizar el estudio de la documentación, con el visto bueno de la entidad fiduciaria, para luego expedir la correspondiente resolución de reconocimiento.

En relación con este mismo punto, el Congreso de la República mediante el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispuso que las prestaciones sociales pagaderas por el Fondo del Magisterio serían reconocidas *“(...) Mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”.*

El anterior trámite fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, los cuales a la letra señalan:

“Artículo 2°.Radicación de solicitudes. *Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad

territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, **la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.**

Para tal efecto, **la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:**

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. **Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.**

4. **Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.**

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4°.Trámite de solicitudes. *El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.*

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5°.Reconocimiento. *Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, observa la Sala que de acuerdo con la facultad prevista en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, la Nación, Ministerio de Educación y la Fiduciaria la Previsora Ltda, mediante escritura pública No. 0083 de 21 de junio de 1990 suscribieron contrato mercantil de fiducia mercantil con el objeto de: *“constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que integran el Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que la Fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos previstos para el fondo, conforme a las instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo.”* (fls. 223 a 229).

Así las cosas, de conformidad con las normas y el objeto del contrato de fiducia mercantil antes transcritos debe decirse, que las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la voluntad de la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, así como la de la Fiduciaria la Previsora S.A., a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente.

No obstante lo anterior, y aún cuando como quedó visto la Fiduciaria la Previsora S.A., tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le esta dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el reconocimiento y pago de la prestación deprecada por el docente petionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

En efecto, no hay duda de que es a la administración, en este caso representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde finalmente definir el reconocimiento y pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Descendiendo al caso concreto observa la Sala que, el señor Jaime Amorocho Murallas solicitó en reiteradas oportunidades al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación en su condición de docente oficial, y en aplicación de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985. No obstante ello, la Fiduciaria la Previsora S.A., mediante Oficio de 23 de abril de 2004, le manifestó que no era posible tramitar su solicitud de reconocimiento pensional en los siguientes términos (fl. 22):

Para mayor ilustración se transcriben apartes del citado oficio:

“Señor
JAIME AMOROCHO MURALLAS
(...)”

REF. Oficio de marzo 23 de 2004

Respetado Doctor

En atención a su comunicación con la cual solicita continuar con el trámite de su pensión de jubilación y manifiesta que, no obstante haber radicado solicitud en septiembre de 2000 presentó solicitud de desistimiento de la misma y solicita se tramite su prestación como pensión de jubilación por ser mas beneficiosa en su caso, me permito manifestar:

Revisada la base de datos de prestaciones económicas se establece que el docente tiene 6 negaciones en total desde febrero 2 de 2001 hasta febrero 3 de 2004 por la misma razón tener tiempos cotizados al ISS. En este sentido es

preciso indicar, que no es posible en ningún caso desestimar tiempos de servicio para acceder al reconocimiento de una u otra pensión, por disposición legal, ley 33 de 1985 entre otras.

Teniendo en cuenta que el docente efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, la pensión a reconocer es la consagrada en el artículo 7 de la ley 71 de 1988 que establece:

“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta años o más si es mujer (sic)”

A su vez el decreto 2709 de 1994 reglamentó el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, y en su artículo 1 preceptúa: “PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES”. La pensión a que se refiere el artículo 7 de la ley 71 de 1988, se denomina pensión por aportes.

Es preciso señalar que la normatividad mencionada en modo alguno ha sido derogada y, por el contrario se encuentra vigente y aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por lo anterior, no es posible dar curso a su solicitud de tramitar la pensión de jubilación como ordinaria y no por aportes como en realidad debe tramitarse, de este modo se estaría desconociendo la normatividad aplicable y se estaría incurriendo en un reconocimiento irregular sancionado por la ley 734 de 2002.”

De acuerdo con el oficio transcrito advierte la Sala, en primer lugar, que la Fiduciaria la Previsora S.A., se dirige directamente al señor Jaime Amorocho Murallas para manifestarle que no era posible tramitar su solicitud de reconocimiento pensional, toda vez, que había realizado aportes al Instituto de los Seguros Sociales y, en segundo lugar, que la referida negativa le imposibilitó al demandante el disfrute de una pensión de jubilación en su condición de docente oficial.

En efecto, para la Sala resulta evidente que la Fiduciaria la Previsora S.A., al expedir el Oficio de 23 de abril de 2004, se arrogó una competencia que no le está dada por las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y los Decretos reglamentarios 1775 de 1990 y 2831 de 2005 toda vez que, como quedó visto con anterioridad, su función dentro del trámite de reconocimiento de prestaciones económicas a los docentes afiliados al Fondo, se limita a aprobar o improbar los proyectos de

resoluciones que previamente a elaborado la secretaria de educación del ente territorial en el cual labora el docente peticionario.

Bajo este supuesto, en ningún caso la Fiduciaria la Previsora S.A., en su condición de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está facultada para dar respuesta directamente a las peticiones de los docentes, tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dado que su naturaleza es la de una sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de empresa industrial y comercial del estado, cuyo objeto no es el de definir la situación prestacional de un servidor público, a través de actos administrativos.

A lo anterior, se suma el hecho de que la totalidad de las peticiones formuladas por el demandante tendientes a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación estuvieron dirigidas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no a la Fiduciaria la Previsora S.A., razón por la cual, no existe justificación para que, en el caso concreto, la citada Fiduciaria en lugar del Fondo Nacional de Previsión Social del Magisterio hubiera proferido el Oficio demandado negándole al demandante el reconocimiento de una pensión de jubilación.

Sin embargo, en el caso concreto, a juicio de la Sala el hecho de que el citado Oficio le hubiera manifestado al demandante que **“no era posible dar curso a su solicitud de tramitar la pensión de jubilación”**, no hace otra cosa que definirle su derecho pensional razón por la cual, en aras de garantizarle su derecho de acceso a la administración de justicia, (artículo 229 de la Constitución Política) y teniendo en cuenta el carácter especialísimo e imprescriptible de que goza el derecho pensional, deberá entenderse que el citado Oficio constituye el acto administrativo a través del cual la administración resolvió la petición formulada por el actor tendiente a obtener el reconocimiento y pago de una prestación pensional.

En efecto, estima la Sala que una interpretación en contrario no sólo implicaría trasladarle al demandante las consecuencias de que la Fiduciaria la Previsora S.A., de manera unilateral, se hubiera arrogado funciones propias del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino que, le impediría acudir a esta jurisdicción para reclamar el reconocimiento y pago de un derecho de estirpe constitucional y de carácter especialísimo, como lo es la prestación pensional de

jubilación, en tanto ésta constituye un amparo para quien en su condición de adulto mayor ha finalizado su vida laboral.

Así las cosas, y en atención a las particularidades antes expuestas, la Sala entrará a estudiar la legalidad del Oficio de 23 de abril de 2004, mediante el cual la Directora de Prestaciones Económicas (e) de la Fiduciaria la Previsora S.A., le negó al señor Jaime Amorocho Murallas el reconocimiento y pago de una prestación pensional de jubilación, en su condición de docente oficial del departamento de Santander, bajo las siguientes consideraciones.

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 éstas 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 Jaime Amorocho Murallas, 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 5 de agosto de 1983 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. 94).

Bajo estos supuestos, el demandante mantiene el régimen prestacional vigente a la fecha en que adquirió su estatus pensional. (fl. 14).

En materia de pensión de jubilación, en consecuencia, al señor Jaime Amorocho Murallas 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 párrafo 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 94 del expediente el señor Jaime Amorocho Murallas ingresó a prestar sus servicios como docente oficial a partir del 5 de agosto de 1983, 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 1 años y 6 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 21 de agosto de 1945 y prestó sus servicios como docente entre el 5 de agosto de 1983 al 4 de agosto de 2003, en el departamento de Santander, estima la Sala que, el señor Jaime Amorocho Muralla, al momento de presentar la solicitud de reconocimiento pensional, esto es, el 8 de enero de 2004, contaba con 58 años y 5 meses de edad y 20 años y 5 meses 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 la parte demandada en el recurso de apelación 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 20 años y 5 meses al servicio de la docencia oficial, ostentado durante todo el tiempo la calidad de empleado público.

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., como lo sostiene la entidad demandada de acuerdo con la certificación de 10 de junio de 2004 suscrita por el Jefe del Departamento de Recursos Humanos del Hospital Universitario Ramón González Valencia, visible a folio 43 del expediente, 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 empleado 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 5 de agosto de 2003, 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.”*

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 8 de enero de 2004, y la fecha que se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la citada prestación pensional es el 5 de agosto de 2003, momento en el cual adquirió su estatus pensional (fl. 14).

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 Jaime Amorocho Murallas hubiere servido o aportado por concepto de pensión.

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

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).

“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).

Así las cosas, a juicio de la Sala, resulta acertada la decisión del Tribunal de acceder a las súplicas de la demanda en tanto como quedó visto, la parte actora logró desvirtuar la presunción de legalidad del Oficio de 23 de abril de 2004, al ser expedido de manera irregular, toda vez que la Fiduciaria la Previsora S.A., se arrogó una competencia que el legislador le ha confiado de manera exclusiva al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, esto es la de definir la situación prestacional de los docentes afiliados, en este caso la del señor Jaime Amorocho Murallas en su condición de docente oficial.

No obstante lo anterior, la Sala no pierde de vista que el acto demandado no fue suscrito por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación del departamento de Santander, tal como lo disponen las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y los Decretos reglamentarios 1775 de 1990 y 2831 de 2003 razón por la cual, se dispondrá que en el presente asunto el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, a través de la Secretaría de Educación del departamento de Santander, expida el correspondiente acto administrativo de reconocimiento de una pensión de jubilación al señor Jaime Amorocho Murallas, en la forma prevista en esta providencia.

Lo anterior, se reitera, teniendo en cuenta que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien, en el caso concreto, le correspondía definir la situación pensional del señor Jaime Amorocho Murallas en su condición de docente oficial del departamento de Santander.

Bajo estos supuestos, la Sala confirmará la decisión adoptada por el Tribunal en cuanto accedió a las súplicas de la demanda toda vez que, la parte actora logró desvirtuar la presunción de legalidad del Oficio de 23 de abril de 2004.

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

CONFÍRMASE la sentencia de 24 de abril de 2008, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por JAIME AMOROCHO MURALLAS contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, con la siguiente adición.

ORDÉNASE al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación departamental de Santander, que expedida el acto administrativo de reconocimiento pensional a favor del señor JAIME AMOROCHO MURALLAS, en la forma prevista 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 GERARDO ARENAS
MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ