

**LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA**- No la tiene la entidad fiduciaria respecto del reconocimiento de la pensión de jubilación / **ENTIDAD FIDUCIARIA** – No esta legitimada para ser demandada por actos que no reconocen pensión de jubilación.

En efecto la entidad fiduciaria, de conformidad con el Decreto 1775 de 1990 en su Art. 7º, se limita a dar visto bueno a la liquidación de las prestaciones sociales y devolver los expedientes a la Oficina Coordinadora del Fondo, entonces como no actuó para negar la pensión solicitada, deberá adicionarse la sentencia declarando probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria La Previsora S.A.

**EMPLEADOS DEL SECTOR PUBLICO NACIONAL** – Se les aplicaba la ley 6 de 1945 para efectos pensionales hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968 / **SECTOR PRIVADO** – Se regían por la ley 6 de 1945 para efectos de la pensión de jubilación hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968 / **EMPLEADOS OFICIALES TERRITORIALES** – Para quienes estaban al servicio de departamentos y municipios se les aplicaba la ley 6 de 1945 por remisión del Decreto 2267 de 1947.

La Ley 6ª de 1945 es de carácter general por cuanto aplica, en principio, a los servidores públicos nacionales, que luego se extendió a los territoriales; y no es especial porque su art. 17 no consagra un régimen de esa naturaleza para determinados servidores estatales. En principio esta Ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado. En materia pensional esta Ley rigió en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968.

Ahora, para los empleados oficiales territoriales la citada Ley 6ª se aplicó teniendo en cuenta el art. 1º del Decreto 2267 de 1947 que hace extensivo a los empleados y obreros al servicio de departamentos y municipios las prestaciones consagradas en la referida Ley 6º.

**SERVIDORES DE LA RAMA EJECUTIVA NACIONAL** – A ellos estaba dirigido el Decreto 3135 de 1968 en cuanto a pensión de jubilación / **PENSION DE JUBILACION PARA SERVIDORES NACIONALES DE LA RAMA EJECUTIVA** – Se regían por el Decreto Ley 3135 de 1968 que aumento la edad de jubilación para los hombres / **EDAD DE JUBILACION DESPUÉS DEL DECRETO 3135 DE 1968** – Para los hombres era de 55 años y para las mujeres de 50

El Decreto Ley 3135 de 1968, como su reglamentario, salvo algunas normas, se expidió y aplicó para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público; el cual aumentó la edad de jubilación para los hombres, quienes se pensionarían con 55 años de edad y los mismos 20 de servicio; mientras que las mujeres continuaron adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad. Aunque en algunos casos fue aplicada a servidores de los entes territoriales, en verdad, éstos continuaron sometidos a la Ley 6ª de 1945 y normas complementarias y modificatorias.

Este régimen pensional se aplicó, salvo norma legal en contrario, hasta la aparición de la Ley 33 de 1985, aunque se continuó aplicando en materia de edad pensional conforme al régimen de transición que ella consagró en este aspecto. Se anota que La ley 33 /85 en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968.

**ESTATUTO DOCENTE** – Estableció un régimen especial pero sin regular las pensiones de jubilación / **PENSION DE JUBILACION PARA DOCENTES** – No fue regulada en el Estatuto Docente

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 –derecho u ordinarias de los mismos. Veámoslo. “Artículo 1º. El presente Decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por las normas especiales.” (El subrayado es de la Sala) “Artículo 3º Educadores oficiales. Los educadores que presten sus servicios a entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto.” El Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, conforme a su artículo 3, solo se aplica en los temas relacionados con las materias que regula; ahora, como las pensiones ordinarias docentes no fueron contempladas en la disposición, ésta no resulta aplicable en ese campo.

EMPLEADOS OFICIALES – Para todos los ordenes la pensión de jubilación se regía a partir de su expedición por la ley 33 de 1985 / DOCENTES NACIONALES – La pensión de jubilación en la ley 33 de 1985 se les otorgaba a quienes hubieran servido 20 años y tuvieran 55 años de edad / PENSION DE JUBILACION PARA DOCENTES – En la ley 33 de 1985 se exigía que el empleado hubiera servido 20 años y tuviera 55 años de edad / REGIMEN EXCEPTIVO DE PENSION DE JUBILACION PARA DOCENTES – Casos exceptivos en la ley 33 de 1985 para empleados oficiales / EDAD DE JUBILACION PARA EMPLEADOS OFICIALES – Con la ley 33 de 1985 se unifica en 55 años

La Ley 33 de 1985, que obliga desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público sin distinción, resulta aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes (incluye docentes nacionales); 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 exceptúa 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. Se destaca que esta ley en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968; y en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 en los artículos 1º y 25 de la Ley 33 de 1985. Para obtener la pensión de jubilación, entre otros, dichos preceptos exigían: el literal b del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 tener 50 años, con 20 años de servicio y el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 tener 50 años de edad las mujeres o 55 años los hombres y 20 de servicios continuos o discontinuos.

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Fue creado con la ley 91 de 1989 / PERSONAL DOCENTE NACIONAL – Definición legal / PERSONAL DOCENTE NACIONALIZADO – Definición legal / PERSONAL DOCENTE TERRITORIAL- Definición legal

La Ley 91 de diciembre 29 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, publicada el 29 de diciembre en el Diario Oficial No. 39124, dispone: “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 1° 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 antes del 1° 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.

DOCENTE TERRITORIAL – Se consideraba como tal quien hubiere sido nombrado antes del 1° de enero de 1976 sin el cumplimiento de lo previsto en la Ley 43 de 1975 / EDUCADORES DE ENTES TERRITORIALES – Se consideraban Docentes Territoriales los vinculados antes y después de la nacionalización educativa / DOCENTE NACIONALIZADO – Después del estatuto docente para efectos pensionales continuaban rigiéndose por la ley 33 de 1985 / DOCENTE NACIONAL – Después del estatuto docente para efectos pensionales continuaban rigiéndose por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos / PENSION DE JUBILACION PARA DOCENTES NACIONALES Y NACIONALIZADOS – Después del estatuto docente para efectos pensionales continuaban rigiéndose por las normas anteriores.

La Ley 91 de 1989 comprende muchos mandatos; entre ellos se destacan para el caso : A.) En su art. 1°, entre otros, contempla los docentes territoriales y señala como tales a quienes fueron nombrados antes de enero 1° de 1976 sin el cumplimiento del requisito del art. 10 de la Ley 43 de 1975, que se refiere a los designados por fuera de las plantas de personal allí determinadas, lo cual es entendible frente a la nacionalización educativa consagrada en la Ley 43 de 1975. Pero, se anota que también se han tenido como tales, inicialmente, a los educadores vinculados a los entes territoriales antes de la nacionalización educativa (que luego se convirtieron en nacionalizados) y, ahora, después de ésta, a quienes fueron nombrados por las autoridades territoriales por fuera de las plantas de personal aprobadas por la Nación y que pagaban con fondos de los F. E. R., por lo que las obligaciones surgidas de ellos corrieron a cargo de las entidades locales. B.- En su artículo 15, estableció normas prestacionales para los docentes, así : -) Para los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, en el artículo 15, numeral 1°, se dispone que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; ahora, éstas solo pueden ser las legales por mandato constitucional y, se anota que en materia de pensión de jubilación (ordinaria) antes de esta ley dichos docentes se encontraban bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, con la transición en edad pensional que allí se consagra exceptivamente. -) Para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir de enero 1° /90, en el párrafo 2° del num. 1° del citado art. 15, manda que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales están los 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. No puede pasar desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional.

PENSION DE JUBILACION ORDINARIA PARA DOCENTES – Para los vinculados a partir del 1 de enero de 1981 se rigen con las normas de los pensionados del sector público nacional /

DOCENTE NACIONAL – La ley 91 de 1989 no vario la edad de jubilación de 55 años /  
DOCENTE NACIONALIZADOS – Los que ingresaron a partir de enero 1° de 1981 solo tienen derecho a la pensión ordinaria de jubilación

Los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, se les reconocerá sólo una pensión de jubilación, bajo el régimen -que se entiende “general u ordinario”- de pensionados del sector público nacional (Art. 15, Num.2, lit.b). Se indica que esta pensión estuvo regulada, entre otras, en el art. 17 de la Ley 6ª /45, el art. 27 del D. L. 3135 /68 que luego fue derogado por el artículo 25 de la Ley 33 del 29 de enero de 1985 y el art. 1° y concordantes de la precitada Ley 33. En cuando a este último grupo (del art. 2-B del art. 15) se tiene que para los docentes nacionales la Ley 91 de 1989 no varió la edad de jubilación, pues ellos continuaron adquiriendo el derecho de jubilación con 20 años de servicio y 55 de edad, en virtud de la Ley 33 de 1985, norma que mantuvo su vigencia, salvo el caso de la transición en edad pensional del parágrafo 2° de su art. 1o., ó que hubieren cumplido sus requisitos pensionales bajo el imperio de la legislación anterior; ahora, los docentes nacionalizados (que ingresaron a partir de enero 1° /81) la Ley 91 /89 –art.2-b- dispuso que sólo tendrán una pensión de jubilación (ya no tienen derecho a la pensión de jubilación gracia) la cual se entiende “ordinaria” por estar sometida al régimen general de los pensionados del sector público nacional que para 1989 estaba consagrado en la Ley 33 /85 en materia pensional y que determinaba su edad pensional en 55 años, salvo la transición en edad pensional ya citada; por último, los docentes vinculados a partir de enero 1° /90 su régimen pensional es el mismo de los anteriores docentes nacionalizados mencionado.

DOCENTES TERRITORIALES – La ley 60 de 1993 dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio / DOCENTES NACIONALES Y NACIONALIZADOS DEL ORDEN TERRITORIAL – Quedaron sometidos en cuanto a la pensión de jubilación a la ley 91 de 1989 / PENSION DE JUBILACION DE DOCENTES TERRITORIALES – Les corresponde la pensión ordinaria o derecho previsto en la ley 91 de 1989 / AUTORIDADES LOCALES – No tienen facultad constitucional para regular el tema pensional.

La Ley 60 de agosto 12 de 1993, sobre financiación y administración de la educación estatal, publicada el 12 de agosto de 1993 en el Diario Oficial No. 40987, establece: “Art. 6 administración de personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. 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 ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, municipal y distrital, será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ...” La Ley 60 de 1993, dispone 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 ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. De otra parte, en cuanto a los docentes territoriales, dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, y que se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen

a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la pensión de jubilación – ordinaria o derecho prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de régimen “ordinario”, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la Ley pensional “ordinaria” pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100/93.

**SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL** – Están exceptuados del mismo los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio / **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** – Las pensiones de jubilación, derecho e invalidez de sus afiliados después de la ley 100 de 1993 continúan rigiéndose por la ley 33 de 1985 / **PENSION DE VEJEZ PARA DOCENTES** – Después de la ley 100 de 1993 siguen sometidos al régimen previsto en la ley 33 de 1985

La Ley 100 de 1993 consagró en su artículo 279, las excepciones al Sistema Integral de Seguridad Social allí contenidas, preceptuando: “Art. 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. La Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó: “Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”. En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez – ordinaria (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.

**EDUCADORES ESTATALES** – Aun después de la ley general de educación, el régimen prestacional era el previsto en las leyes 91 de 1989 y 60 de 1993 / **LEY GENERAL DE EDUCACION** – Dispuso que en materia prestacional los docentes seguían sometidos a las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993 / **PENSION DE JUBILACION PARA DOCENTES** – Aun después de la ley general de educación, la norma aplicable seguía siendo la ley 33 de 1985.

La Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1º del artículo 115 claramente dispone: “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”. Pues bien, como ya se vio, en materia de pensión de jubilación – ordinaria o derecho, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen

“especial”; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 que se intitula “Régimen Especial de los Educadores Estatales”, dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación – derecho de los docentes. Así, esta ley no hizo otra cosa que 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 6ª/45 o el D.L. 3135/68 (antecesoras de la Ley 33/85) lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.

**DOCENTES NACIONALES Y NACIONALIZADOS** – En materia pensional quedan sometidos al régimen vigente para los pensionados nacionales / **DOCENTES TERRITORIALES** – Los vinculados antes del 1 de enero de 1981 gozaban de la pensión de jubilación conforme a la ley 33 de 1985 / **DOBLE PENSION DOCENTE** – Tienen derecho a la pensión ordinaria y a la de gracia siempre que hayan acumulados tiempos en las dos relaciones / **DOCENTE NACIONALIZADO** – Se rigen por lo dispuesto para los pensionados nacionales.

La calidad docente de la Parte Actora. Se encuentra acreditada la calidad de docente nacionalizado de la demandante con certificado N° 1876 de la Secretaría de Gestión Institucional del 26 de junio de 2001 (Fl. 6 exp.). Esta calidad es trascendente para efectos de establecer el régimen pensional aplicable. Los docentes nacionalizados (que desempeñan plazas docentes de esa calidad) y nacionales vinculados a partir de enero 01 /81 y para los nombrados a partir de enero 01 /90 –conforme al Lit. b del Num. 2° (pensiones docentes) del art. 15 de la Ley 91 /89- en materia pensional quedan sometidos al régimen vigente para los pensionados nacionales y cuando cumplan los requisitos solo se les reconocerá una pensión (con exclusión de la pensión gracia a quienes antes les correspondía), con la adición de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. En este numeral 2° (pensiones docentes) del Art. 15 de la Ley 91/89 no se regló expresamente la pensión de jubilación ordinaria de los docentes territoriales que luego se nacionalizaron (en virtud de la Ley 43/75) vinculados antes de enero 01 de 1981, aunque para la época a ellos ya se les aplicaba la Ley 33 de 1985 por que ella estableció “unificadamente” el nuevo régimen pensional para todos los niveles estatales, con excepción de las pensiones legales especiales que precisó. Pero, a contrario sensu, de lo dispuesto en el precitado literal b. del Num. 2° del Art. 15 de la Ley 91 /89, es posible inferir que los docentes territoriales y algunos posteriormente nacionalizados (que acumularon tiempos en las dos relaciones) si tienen derecho a la doble pensión docente (la ordinaria y la gracia) siempre que cumplan los requisitos de ellas y que la pensión ordinaria docente se encuentra sometida para la época al régimen que a ella ya se aplicaba para dicho personal, vale decir, la Ley 33 de 1985. De otra parte, en anteriores casos se ha señalado que –conforme a lo dispuesto en el Num. 1° del Art. 15 de la Ley 91/89 en materia de prestaciones económicas y sociales aplicable a los docentes nacionalizados vinculados hasta dic. 31/89- éstos mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes. Si esta norma se aplica a las pensiones de dicho personal se tendría que tener en cuenta el régimen pensional legal –que es el que puede regular esa materia por mandato constitucional- y por la época sería el de la Ley 33 de 1985 con sus reformas y adiciones, salvo las excepciones del caso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “B”

Consejero ponente: TARSICIO CÁCERES TORO

Bogotá D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006)

Radicación número: 19001-23-31-000-2002-00594-01(5198-04)

Actor: FÉNIX RUBIELA HURTADO SANCHEZ

Demandado: NACIÓN-MEN-F.NAL. PREST. SOC. MAG.

Controv.: PENSIÓN DE JUBILACIÓN-DOCENTE -EDAD

Ref.: 5198-04 AUTORIDADES NACIONALES

-----

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la P. actora contra la Sentencia del 29 de abril de 2004, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, dentro del proceso 02-00594, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

#### ANTECEDENTES :

##### LA PRIMERA INSTANCIA Y SU TRÁMITE

LA DEMANDA. FÉNIX RUBIELA HURTADO SANCHEZ, en ejercicio de la acción del artículo 85 del C.C.A., el 11 de abril de 2002 presentó demanda contra LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. solicitando la nulidad de las Resoluciones No. 704 del 13 de julio de 2001, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por conducto del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la Entidad Territorial Cauca y Coordinador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se le negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación ordinaria a los 50 años de edad y No. 827 del 22 de agosto de 2001, expedida por los mismos funcionarios, la cual confirmó la anterior decisión al resolver recurso de reposición.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación a partir del día siguiente de haber cumplido 20 años de servicios a la educación oficial y 50 años de edad, es decir, a partir del 15 de mayo de 2001 en cuantía del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios o lo que corresponda en derecho; que se apliquen los reajustes según lo previsto en la Ley 71 de 1988; que se reconozca y pague a la actora los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor de acuerdo al Art. 178 del C.C.A.; que se de cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el Art. 176 del C.C.A.; y, que si no se da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el Art. 176 del C.C.A. se reconozca y pague los intereses comerciales y moratorios a la actora.

Hechos. Se relacionan a folios 16 y 17 del exp.

Las normas violadas y concepto de la violación. Se señalan como tales: la Constitución Política Art. 2, 25, y 58; Ley 6ª de 1945, Art. 17, Lit. b), Art. 36; Ley 4ª de 1976; Ley 91 de 1989, Art. 1, Inc. 4 y 9; Ley 60 de 1993; Ley 115 de 1994; Ley 24 de 1947, Art. 1, Parágrafo 2; Decreto 2285 de 1955, Art. 1; Decreto 196 de 1995, Capítulo I, Art. 1 y 2; Decreto Ley 2277 de 1979; Ley 4 de 1996, Art. 4; Decreto 224 de 1972, Art. 5; Ley 33 de 1985, Art. 1, Inc. 2; Ley 71 de 1988; Código Civil, Art. 27, 30, y 31. (Fl. 19 exp.). Argumentó:

Que es errada la consideración hecha en la resolución acusada en el sentido de aplicar la Ley 33 de 1985 a la actora, ya que los docentes cuentan con un régimen especial y las normas que rigen la materia otorgan la pensión con 50 años de edad y 20 años de servicio.

Que el Decreto 2277 de 1979 establece el régimen especial para regular las condiciones para los docentes.

Que la Ley 33 de 1985 excluyó de su normatividad a los docentes al estipular que no se encuentran sujetos a la regla general los empleados oficiales que por ley disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

Que la Ley 91 de 1989 estableció que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen de prestaciones que venían gozando en cada entidad territorial. (Fls. 20 A 30 exp.).

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Actuaron dos entidades.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Propuso excepción de inexistencia del derecho porque los actos administrativos acusados se encuentran expedidos conforme a derecho y se opuso a las pretensiones. Argumentó:

Que la Ley 33 de 1985 modificó las prestaciones sociales, específicamente, la pensión ordinaria de jubilación al unificar los requisitos pensionales exigiendo 55 años de edad y 20 años de servicios. sin distinción de sexo y órdenes nacionales o territoriales.

Que los docentes no contaban con un régimen especial antes de la vigencia de la ley 33 de 1985, por lo tanto no es aplicable la excepción que consagra dicha ley.

Que el régimen especial de los docentes, contenido en el Decreto 2277 de 1979 únicamente se refiere a su ingreso y permanencia en el servicio educativo estatal.

Que la Ley 33 de 1985 expresa que no se encuentran sujetos a la regla general quienes cuenten con más de 15 años de servicios al 29 de enero de 1985, fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley (sic.). Requisito que no cumple la actora. (Fls. 67 a 70 exp.).

Fiduciaria La Previsora S.A. Se opuso a las pretensiones: Argumentó:

Que la Fiduciaria La Previsora S.A. es la encargada de administrar los recursos que asigna el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como fideicomitente, en ningún caso actúa en nombre propio, y solo se encarga de otorgar visto bueno a las solicitudes de prestaciones económicas que ya han sido aprobadas por el Fondo.

Que la Fiduciaria La Previsora S.A. no realizó ninguna actuación toda vez que la Oficina Regional de Prestaciones del Departamento de Cauca negó la solicitud de pensión de jubilación a la actora, por lo tanto se la debe desvincular de este proceso. (Fls. 45 a 48 exp.).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El A-quo guardó silencio sobre las excepción propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Inexistencia del Derecho, y negó las pretensiones de la demanda, consideró:

Que al momento en que la demandante solicitó su pensión, ya había entrado en vigencia la Ley 33 de 1985.

Que con la Ley 33 de 1985 se reforman los requisitos pensionales de los trabajadores al servicio del Estado aumentando la edad pensional a 55 años de edad para hombres y mujeres.

Que la misma norma trae un régimen de transición para quienes al momento de su entrada en vigencia tuvieran 15 años de servicios al 13 de febrero de 1985 requisito que no cumple la actora, ya que para la fecha contaba con 11 años, 5 meses y 12 días de servicio. (Fls. 132 a 135 exp.).

LA APELACION DE LA SENTENCIA. La actora solicitó la revocatoria de la sentencia para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Argumentó:

Que los docentes se encuentran amparados por un régimen especial de pensiones y están cobijados por la excepción de la ley 33 de 1985, que dispone que no estarán sujetos a ella los empleados que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Que el régimen especial no se deriva por aplicación de la ley 6ª de 1945 o los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, sino, por expresa remisión que a estas disposiciones hace el Estatuto Docente (Decreto 2277 de 1979).

Que si los docentes no tuvieran régimen especial, la competencia no sería de la jurisdicción contencioso administrativa. (Fls. 139 a 148 exp.)

LA SEGUNDA INSTANCIA. El recurso se admitió y tramitó. Ahora al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procederá a dictar sentencia previa las siguientes:

#### CONSIDERACIONES:

En este proceso se reclama la nulidad de las Resoluciones No. 704 del 13 de julio de 2001, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por conducto del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la Entidad Territorial Cauca y Coordinador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se negó el pago de pensión de jubilación ordinaria a la parte actora y No. 827 del 22 de agosto de 2001, expedida por los mismos funcionarios, la cual confirmó la anterior decisión al resolver recurso de reposición. El A-quo negó las pretensiones de la demanda, tal decisión fue apelada. Se procede a resolver el recurso.

Para resolver se analizan los siguientes aspectos relevantes:

#### Información preliminar

Se trata de establecer si la P. actora, docente NACIONALIZADA (que laboró en el Departamento de Cauca.) tiene derecho a la pensión de jubilación ordinaria con la edad pensional de la Ley 6ª de 1945. De ello depende la legalidad de los actos administrativos

acusados.

1. De la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria La Previsora S.A.:

Aunque la Fiduciaria no propuso taxativamente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en la contestación de la demanda, consideró que debe ser excluida de este proceso porque no tiene ninguna injerencia en la decisión adoptada por la Oficina Regional de Prestaciones del Cauca debido a que sus actuaciones se limitan únicamente a velar porque el reconocimiento de las prestaciones económicas sean ajustadas a derecho.

En efecto la entidad fiduciaria, de conformidad con el Decreto 1775 de 1990 en su Art. 7º, se limita a dar visto bueno a la liquidación de las prestaciones sociales y devolver los expedientes a la Oficina Coordinadora del Fondo, entonces como no actuó para negar la pensión solicitada, deberá ADICIONARSE la sentencia declarando probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduciaria La Previsora S.A.

2. La Pensión de jubilación ordinaria docente y su edad pensional.

Se analizan los siguientes puntos :

2.1 El régimen jurídico de la pensión de jubilación

derecho u ordinaria de los docentes oficiales

Dentro de los estatutos que se han aplicado en la materia se encuentran:

La Ley 6ª 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 ...”

La Ley 6ª de 1945 es de carácter general por cuanto aplica, en principio, a los servidores públicos nacionales, que luego se extendió a los territoriales; y no es especial porque su art. 17 no consagra un régimen de esa naturaleza para determinados servidores estatales. En principio esta Ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado. En materia pensional esta Ley rigió en el ÁMBITO NACIONAL hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968. Ahora, para los EMPLEADOS OFICIALES TERRITORIALES la citada Ley 6ª se aplicó teniendo en cuenta el art. 1º del Decreto 2267 de 1947 que hace extensivo a los empleados y obreros al servicio de departamentos y municipios las prestaciones consagradas en la referida Ley 6º.

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).

El Decreto Ley 3135 de 1968, como su reglamentario, salvo algunas normas, se expidió y aplicó para SERVIDORES DE LA RAMA EJECUTIVA NACIONAL DEL PODER PÚBLICO; el cual aumentó la edad de jubilación para los hombres, quienes se pensionarían con 55 años de edad y los mismos 20 de servicio; mientras que las mujeres continuaron adquiriendo su derecho pensional a los 50 años de edad. Aunque en algunos casos fue aplicada a SERVIDORES DE LOS ENTES TERRITORIALES, en verdad, éstos continuaron sometidos a la Ley 6ª de 1945 y normas complementarias y modificatorias. Este régimen pensional se aplicó, salvo norma legal en contrario, hasta la aparición de la Ley 33 de 1985, aunque se continuó aplicando en materia de edad pensional conforme al régimen de transición que ella consagró en este aspecto.

Se anota que La ley 33 /85 en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968.

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 –derecho u ordinarias de los mismos. Veámoslo.

“Artículo 1º. El presente Decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por las normas especiales.” (El subrayado es de la Sala)

“Artículo 3º Educadores oficiales. Los educadores que presten sus servicios a entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto.”

El Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, conforme a su artículo 3, solo se aplica en los temas relacionados con las materias que regula; ahora, como las pensiones ordinarias docentes no fueron contempladas en la disposición, ésta no resulta aplicable en ese campo.

La Ley 33 de enero 29 de 1985, publicada el 13 de febrero de 1985 en el Diario Oficial No. 36856, 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%) por ciento 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.

Par. 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.

Art. 25. Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que sean contrarias.”

La Ley 33 de 1985, que obliga desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, aplicable al sector público sin distinción, resulta aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes (incluye docentes nacionales); 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 exceptúa 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.

Se destaca que esta ley en su artículo 25 derogó en forma expresa el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968; y en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 en los artículos 1º y 25 de la Ley 33 de 1985. Para obtener la pensión de jubilación, entre otros, dichos preceptos exigían: el literal b del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 tener 50 años, con 20 años de servicio y el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 tener 50 años de edad las mujeres o 55 años los hombres y 20 de servicios continuos o discontinuos.

Y en cuanto a los FACTORES PENSIONALES éstos fueron determinados en la Ley 62 /85, que subrogó en lo pertinente la citada Ley 33.

La Ley 91 de diciembre 29 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, publicada el 29 de diciembre en el Diario Oficial No. 39124, dispone:

“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 antes 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.

“Art. 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.

## 2. Pensiones :

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la PENSIÓN DE GRACIA, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión continuará reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

La Ley 91 de 1989 comprende muchos mandatos; entre ellos se destacan para el caso : A.) En su art. 1°, entre otros, contempla los DOCENTES TERRITORIALES y señala como tales a quienes fueron nombrados antes de enero 1° de 1976 sin el cumplimiento del requisito del art. 10 de la Ley 43 de 1975, que se refiere a los designados por fuera de las plantas de personal allí determinadas, lo cual es entendible frente a la nacionalización educativa consagrada en la Ley 43 de 1975. Pero, se anota que también se han tenido como tales, inicialmente, a los educadores vinculados a los ENTES TERRITORIALES antes de la nacionalización educativa (que luego se convirtieron en nacionalizados) y, ahora, después de ésta, a quienes fueron nombrados por las autoridades territoriales por fuera de las plantas de personal aprobadas por la Nación y que pagaban con fondos de los F. E. R., por lo que las obligaciones surgidas de ellos corrieron a cargo de las entidades locales. B.- En su artículo 15, estableció NORMAS PRESTACIONALES para los docentes, así : -) Para los DOCENTES NACIONALIZADOS que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, en el artículo 15, numeral 1°, se dispone que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad

territorial, de conformidad con las normas vigentes; ahora, éstas solo pueden ser las LEGALES por mandato constitucional y, se anota que en materia de pensión de jubilación (ordinaria) antes de esta ley dichos docentes se encontraban bajo el imperio de la Ley 33 de 1985, con la transición en edad pensional que allí se consagra exceptivamente. -) Para los DOCENTES NACIONALES y los que se vinculen a partir de enero 1º /90, en el párrafo 2º del num. 1º del citado art. 15, manda que para efectos de las prestaciones económicas y sociales (una de las cuales es la pensión de jubilación), se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales están los 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. No puede pasar desapercibido que el art. 27 del Decreto 3135 de 1968 que estableció la edad pensional en 50 años para la mujer y 55 para el hombre, fue derogado expresamente en el artículo 25 de la Ley 33 de 1985; de manera que la edad pensional quedó en 55 años tanto para los hombres como para las mujeres, salvo el caso de transición pensional.

-) LA PENSIÓN GRACIA. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 tienen derecho a ella siempre que cumplan la totalidad de los requisitos, conforme a sus leyes especiales (Inc. 2º -A); queda claro que la PENSIÓN GRACIA es de régimen especial.

-) LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO. Los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando cumplan los requisitos de ley, se les reconocerá sólo una pensión de jubilación, bajo el régimen -que se entiende “general u ordinario”- de pensionados del sector público nacional (Art. 15, Num.2, lit.b). Se indica que esta pensión estuvo regulada, entre otras, en el art. 17 de la Ley 6ª /45, el art. 27 del D. L. 3135 /68 que luego fue derogado por el artículo 25 de la Ley 33 del 29 de enero de 1985 y el art. 1º y concordantes de la precitada Ley 33.

En cuando a este último grupo (del art. 2-B del art. 15) se tiene que para los DOCENTES NACIONALES la Ley 91 de 1989 no varió la edad de jubilación, pues ellos continuaron adquiriendo el derecho de jubilación con 20 años de servicio y 55 de edad, en virtud de la Ley 33 de 1985, norma que mantuvo su vigencia, salvo el caso de la transición en edad pensional del párrafo 2º de su art. 1o., ó que hubieren cumplido sus requisitos pensionales bajo el imperio de la legislación anterior; ahora, los DOCENTES NACIONALIZADOS (que ingresaron a partir de enero 1º /81) la Ley 91 /89 –art.2-b- dispuso que sólo tendrán una pensión de jubilación (ya no tienen derecho a la pensión de jubilación gracia) la cual se entiende “ordinaria” por estar sometida al régimen general de los pensionados del sector público nacional que para 1989 estaba consagrado en la Ley 33 /85 en materia pensional y que determinaba su edad pensional en 55 años, salvo la transición en edad pensional ya citada; por último, los DOCENTES VINCULADOS A PARTIR DE ENERO 1º /90 su régimen pensional es el mismo de los anteriores docentes nacionalizados mencionado.

De otra parte y a contrario sensu, se entiende que ESTA CLASE DE PENSION, para los vinculados “antes” de las fechas señaladas en la ley, aparece consagrada en los regímenes pensionales generales u ordinarios ya sea de la Ley 6ª/45, D.L. 3135/68, D.L. 1045 /78 o la Ley 33/85, cuya aplicación depende de las circunstancias de cada caso.

La Ley 60 de agosto 12 de 1993, sobre FINANCIACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA EDUCACIÓN ESTATAL, publicada el 12 de agosto de 1993 en el Diario Oficial No. 40987, establece:

“Art. 6 ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

...

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 ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, municipal y distrital, será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ...”

La Ley 60 de 1993, dispone 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 ella reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquier otra clase de remuneraciones. De otra parte, en cuanto a los DOCENTES TERRITORIALES, dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, y que se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de régimen “ordinario”, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la Ley pensional “ordinaria” pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100/93.

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

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

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

...”.

La Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó: “Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”. En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de PENSIÓN DE VEJEZ – ORDINARIA (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 febrero 8 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, publicada el 8 de febrero de 1994 en el Diario Oficial No. 41214, manda:

“Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores”.

La Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1º del artículo 115 claramente dispone: “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”. Pues bien, como ya se vio, en materia de PENSIÓN DE JUBILACIÓN – ORDINARIA O DERECHO, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 que se intitula “Régimen Especial de los Educadores Estatales”, dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación – derecho de los docentes. Así, esta ley no hizo otra cosa que 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 6ª/45 o el D.L. 3135/68 (antecesoras de la Ley 33/85) lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.

### 3. La pensión de jubilación ordinaria de los docentes nacionalizados. - El caso controvertido

Se recuerda que la parte actora aspira al reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria, a cargo de la demandada, a partir de la fecha cuando cumplió los requisitos pensionales, con cincuenta años de edad, por considerar que se le aplica la Ley 6ª de 1945, expresa la actora que su derecho está sometido a un régimen especial, por tanto, se encuentra dentro de la excepción contemplada en la Ley 33 de 1985.

Se tienen en cuenta los siguientes aspectos :

### 3.1 De la primera instancia

En la demanda la parte actora considera que tiene derecho a una pensión de jubilación de régimen especial, por lo cual su edad para optar a la pensión era de 50 años de edad con 20 de servicio, como lo establece la Ley 6ª de 1945. Por ello demandó las resoluciones 704 de 13 de julio de 2001 y 827 del 22 de agosto de 2001 y su restablecimiento del derecho.

En la sentencia del a-quo se negaron las pretensiones de la demanda por no cumplir con 55 años de edad y 20 años de servicios, por aplicación de la Ley 33 de 1985. La parte actora apeló tal decisión y centra la discusión jurídica en el régimen pensional aplicable a los docentes nacionalizados y la Ley 6ª/45 como norma que debe regir específicamente en cuanto a la edad pensional dada su situación.

### 3.2 De la segunda instancia

Se precisan estos aspectos :

#### 3.2.1 El régimen prestacional (pensión de jubilación ordinaria docente) aplicable.

La Ley 100 de 1993, esta prestación no se somete a la normatividad de esta Ley por cuanto en el inciso segundo del artículo 279 se consagró como excepción a la aplicación del Sistema General de Seguridad Social, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989. Por lo tanto, resalta la inaplicabilidad de la Ley 100/93 en materia de pensión ordinaria docente. Entonces, es necesario precisar, la normatividad rectora del caso que se juzga.

La Ley 91 de 1989. Esta ley, como ya se analizó, consagró normas prestacionales para los docentes nacional y nacionalizado y para quienes se vinculen después de enero 1º de 1990, así: a.) Para los DOCENTES NACIONALIZADOS vinculados hasta Dic. 31/89 en materia de prestaciones económicas y sociales (Art. 15, Num. 1º, Inc. 1o); b.) Para los DOCENTES NACIONALES y los que se vinculen a partir de enero 1º/90 en prestaciones económicas y sociales (Art. 15, Num. 1º, Inc. 2º) ; c.) La PENSION DE JUBILACION

GRACIA para los vinculados hasta Dic. 31/80 (Art. 15, num. 2º, lit. a.); d.) La PENSION DE JUBILACIÓN ORDINARIA para los DOCENTES vinculados a partir de enero 1º /81, nacionales y nacionalizados y nombrados a partir de enero 1º/90 y su régimen aplicable (Art. 15, num. 2º, lit. b). No se reguló el régimen de pensión ordinaria para los docentes territoriales y nacionalizados vinculados hasta dic. 31/80, pero a contrario sensu se puede deducir por el régimen pensional aplicable anteriormente y de conformidad con la Constitución.

La Ley 33 de enero 29 de 1985, vigente a partir de feb. 13 /85, normatividad general u ordinaria que unificó el régimen de la pensión de jubilación de los servidores públicos, se aplica a éstos en todos los niveles, que no fueran exceptuados de ella.

Esta Ley contempla como excepción a la regla general tres situaciones a saber: 1-) Los empleados oficiales que trabajen 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. 2-) Los empleados oficiales que a la fecha en que entró a regir, 13 de febrero de 1985 (Fecha de promulgación), contaran con 15 años de servicio, a quienes se les aplicaría la normatividad vigente sobre edad de jubilación. 3-) 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.

Pues bien, como la PENSION DE JUBILACION ORDINARIA O DERECHO de los docentes nacionales y nacionalizados no estaba consagrada en un RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL, por remisión de la Ley 91 de 1989, resulta la aplicabilidad de la Ley 33 de 1985 que es REGIMEN LEGAL GENERAL; se agrega, que los docentes territoriales (no nacionales, ni nacionalizados) también quedaron bajo el imperio de la citada ley que unificó el régimen pensional para esa época. Y bajo esta ley para tener derecho a dicha prestación, se exige que el empleado de cualquier orden (territorial, nacional, etc-) haya servido 20 años continuos o discontinuos y tenga 55 años de edad, salvo el caso de “transición de edad pensional” del parágrafo 2º de su art. 1º (Si para la fecha de vigencia acredita 15 o más años de servicios Oficiales) en cuyo evento para ellos continúa rigiendo la norma anterior a esta ley en cuanto a EDAD PENSIONAL (v. gr. El D. L 3135/68 para los nacionales ó la Ley 6ª/45 para los territoriales).

### 3.2.2 El caso sub-examine pensional docente.

Resaltan :

La petición y decisión pensional.- En el proceso no obra la petición donde la P. actora solicitó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cauca el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, por haber reunido los requisitos exigidos por la ley.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por conducto del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la Entidad Territorial Cauca y el Coordinador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución 704 del 13 de julio de 2001 negó el reconocimiento pensional por no cumplir con los requisitos de la Ley 33 de 1985. Sobre tal decisión se interpuso recurso de reposición siendo resuelto por medio de la Resolución No. 827 del 22 de agosto de 2001, expedida por las mismas autoridades y que confirmó la decisión inicial. (Fls. 2 a 5 exp.).

El derecho pensional. Para la reclamación de la pensión citada –en su momento- se acreditaron :

- Edad pensional.- Nació el 15 de mayo de 1951 (Fl. 10 exp.). Así, queda claro que cumplió 50 años en mayo 15 de 2001 y cumplirá 55 años en mayo 15/06.

- Tiempo de servicio.- Según Certificado N° 1876 de la Secretaría de Gestión Institucional del 26 de junio de 2001 inició sus labores el 1 de septiembre de 1973 sin mención de interrupción en el servicio (Fl. 6 exp.) por lo que ya cumplió sus 20 años de servicios.

### La decisión judicial apelada.

-) Respecto del derecho pensional ordinario.

La calidad docente de la Parte Actora. Se encuentra acreditada la calidad de docente nacionalizado de la demandante con certificado N° 1876 de la Secretaría de Gestión Institucional del 26 de junio de 2001 (Fl. 6 exp.). Esta calidad es trascendente para efectos de establecer el REGIMEN PENSIONAL aplicable.

### La pensión de jubilación ordinaria docente.

Los DOCENTES NACIONALIZADOS (que desempeñan plazas docentes de esa calidad) y

NACIONALES VINCULADOS A PARTIR DE ENERO 01 /81 Y PARA LOS NOMBRADOS A PARTIR DE ENERO 01 /90 –conforme al Lit. b del Num. 2º (pensiones docentes) del art. 15 de la Ley 91 /89- en materia pensional quedan sometidos al REGIMEN VIGENTE PARA LOS PENSIONADOS NACIONALES y cuando cumplan los requisitos solo se les reconocerá una pensión (con exclusión de la pensión gracia a quienes antes les correspondía), con la adición de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

En este numeral 2º (pensiones docentes) del Art. 15 de la Ley 91/89 no se regló expresamente la PENSION DE JUBILACIÓN ORDINARIA de los docentes territoriales que luego se nacionalizaron (en virtud de la Ley 43/75) VINCULADOS ANTES DE ENERO 01 DE 1981, aunque para la época a ellos ya se les aplicaba la Ley 33 de 1985 por que ella estableció “unificadamente” el NUEVO REGIMEN PENSIONAL para todos los niveles estatales, con excepción de las pensiones legales especiales que precisó.

Pero, a contrario sensu, de lo dispuesto en el precitado literal b. del Num. 2º del Art. 15 de la Ley 91 /89, es posible inferir que los DOCENTES TERRITORIALES Y ALGUNOS POSTERIORMENTE NACIONALIZADOS (que acumularon tiempos en las dos relaciones) si tienen derecho a la DOBLE PENSION DOCENTE (la ordinaria y la gracia) siempre que cumplan los requisitos de ellas y que la PENSION ORDINARIA DOCENTE se encuentra sometida para la época al régimen que a ella ya se aplicaba para dicho personal, vale decir, la Ley 33 de 1985.

De otra parte, en anteriores casos se ha señalado que –conforme a lo dispuesto en el Num. 1º del Art. 15 de la Ley 91/89 en materia de PRESTACIONES ECONOMICAS Y SOCIALES aplicable a los DOCENTES NACIONALIZADOS vinculados hasta Dic. 31/89- éstos mantendrán el REGIMEN PRESTACIONAL que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes. Si esta norma se aplica a las PENSIONES de dicho personal se tendría que tener en cuenta EL REGIMEN PENSIONAL LEGAL –que es el que puede regular esa materia por mandato constitucional- y por la época sería el de la Ley 33 de 1985 con sus reformas y adiciones, salvo las excepciones del caso.

Ahora, la Ley 33 de 1985 en su Art. 1º estableció los requisitos pensionales en cuanto al tiempo y la edad. En relación con la EDAD PENSIONAL dispuso que serían unificadamente los 55 años para hombres y mujeres; no obstante, en el parágrafo 2º de su art. 1º 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 (Fecha de promulgación), contaran con 15 años de servicios, se les aplicaría la normatividad vigente anterior sobre la edad de jubilación. Entonces, para poder tener en cuenta la edad pensional del régimen prestacional aplicable anterior era necesario acreditar 15 años de servicios para el 13 de febrero de 1985 (fecha de promulgación de la ley). Se advierte que quien los acredite tiene derecho a que se le tenga como EDAD PENSIONAL la establecida en el D. L. 3135 /68 (55 años los varones y 50 las mujeres) para los nacionales y la Ley 6 /45 (50 años sin discriminación por sexo) para los territoriales, salvo disposición diferente aplicable.

En el caso sub-lite la parte actora acreditó que como docente territorial ingresó a laborar el 1 de septiembre de 1973 sin mención de interrupción en el servicio hasta la fecha de expedición del certificado (junio 26/01). Ahora, para el 13 de febrero de 1985 -fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, nuevo régimen unificado pensional- 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 servicios, los cuales no acreditó la actora al momento de la petición pensional y por tanto se debe negar la petición como lo consideró la entidad e igualmente lo sostuvo el A-quo.

En consecuencia, la sentencia del a-quo será CONFIRMADA en cuanto negó las pretensiones de la parte actora respecto de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y se ADICIONARÁ en el sentido de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Fiduciaria La Previsora S.A.

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

**F A L L A :**

1. CONFIRMASE la sentencia del 29 de abril de 2004 proferida por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA en el proceso 02-00594 promovido por FÉNIX RUBIELA HURTADO SANCHEZ contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

2. ADICIÓNASE la sentencia mencionada en el sentido de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Fiduciaria La Previsora S.A.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

TARSICIO CÁCERES TORO            JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

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

