



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, primero (1) de agosto de de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 057

TEMAS:

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL ENTE TERRITORIAL QUE EXPIDE EL ACTO ADMINISTRATIVO EN DISCUSIÓN EN LOS ASUNTO DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – NORMATIVA APLICABLE A LOS DOCENTES NACIONALES Y NACIONALIZADOS VINCULADOS AL FONDO QUE SEAN BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES EN CASO DE QUE SE INCUMPLAN LOS REQUISITOS DE TIEMPO DE SERVICIOS Y SE ALCANCE POR APORTES - FAVORABILIDAD - PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES

INSTANCIA:

PRIMERA

Decide la Sala, en primera instancia el fondo del proceso de la referencia que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL



DERECHO instaura EUCLIDES OLIVEROS REQUEMA contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE SUCRE.

I. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

- 1.1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo No 700.11.03 SE OPSM 0374 del 7 de junio de 2012, expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre.
- 1.1.2. Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocerle y pagarle al demandante la pensión vitalicia de jubilación por aportes, a partir del 8 de agosto de 2007.
- 1.1.3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar al demandante todas las mesadas pensionales dejadas de percibir desde el día 8 de agosto del año 2007 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.
- 1.1.4. La condena respectiva será actualizada teniendo en cuenta las fórmulas de indexación que ha establecido el Consejo de Estado a lo largo de su amplia jurisprudencia, con base en los índices del consumidor.

¹ Fol. 14 y 15 del expediente.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

- 1.1.5. Que a manera de indemnización por los perjuicios recibidos por la negligencia y mala fe de las entidades accionadas, se condene a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN al pago de intereses comerciales, desde el día 8 de agosto del año 2007 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.
- 1.1.6. Que se condene a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DE SUCRE – SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE EDUCACIÓN, al pago de costas procesales como lo ordena el artículo 188 de la Ley 1437 del año 2011.
- 1.1.7. Si no se efectúa el pago en forma oportuna, las demandadas liquidarán los intereses moratorios como lo ordena el artículo 192 del nuevo código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo (Ley 1437 del año 2011).

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

Fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Afirma que el demandante trabajó durante 17 años, 3 meses y 9 días como maestro nacional, al servicio del magisterio.

Manifiesta que sumado los años de cotización que tiene acumulados en el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO cotizó 286.43 semanas al INSTITUTO DE SEGURO SOCIALES, durante el año 1985 y 1990.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Argumenta que sumado el tiempo de servicio como maestro nacional (17 años, 3 meses y 9 días) con las 286.43 semanas cotizadas en el ISS, el actor completa más de 23 años de cotizados a pensión y posee 67 años de edad.

Asegura que en el mes de abril del año 2010, la gobernación de Sucre expidió un acto administrativo, en el cual de forma irregular retiraron del servicio al demandante de forma forzosa por su avanzada edad, sin que se encontrara en la nómina de pensionados.

Informa que el día 9 de mayo de 2012, se radicó una petición en la que se solicitó le concedieran la PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES al demandante, y en la respuesta del 7 de junio de 2012 la Secretaria de Educación afirma que la FIDUPREVISORA había devuelto el expediente porque a su juicio, no cumplía con el número de semanas cotizadas, por lo cual iniciarían nuevamente el trámite de pensión.

Señala que contra el acto administrativo demandado no se dio la oportunidad de interponer ningún recurso en su contra.

Plantea que desde el momento en el que fue despedido, las demandadas le han causado grandes perjuicios, puesto que ha quedado en la miseria y ha vivido los últimos 2 años con muchísimas necesidades económicas, de la caridad y amor de algunos de sus familiares y se ha desmejorado notablemente su estado de salud, ya que no se encuentra afiliado a ningún tipo de seguridad social.

1.3 NORMAS VIOLADAS

Se citan como normas violadas, los artículos 163 y 164, de la Ley 1437 del 2011, el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, la Ley 33 de 1985, la Ley 91 de 1989, la Ley 700 de 2001, los artículos 36 de la Ley 100 de 1993; 1, 2, 5, 23, 11, 13, 25, 29, 46, 53, 58 y 209 de la C.P.



1.4 CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como concepto de la violación, manifiesta la parte actora que con el acto administrativo demandado se transgredieron las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas de dar protección al trabajo, como derecho fundamental del administrado.

Asegura que las entidades accionadas han desconocido los derechos fundamentales del actor, a tal punto que lo despidieron sin que estuviera en la NÓMINA de los pensionados, dejándolo desprotegido y sin su mínimo vital, puesto que el único ingreso que tenía era su salario y de él dependía su esposa y su familia, la gobernación de Sucre y la secretaria de educación han sido negligentes en el trámite de la pensión de jubilación por aportes, a tal punto que ni si quiera le daban respuestas a las peticiones y solicitudes que les ha hecho el accionante desde el momento que fue desvinculado de su trabajo.

Expresa que la negativa de otorgar el derecho a la pensión con fundamento en que el ISS no ha dado respuesta, es violatorio de las leyes existentes en materia de pensiones, ya que la Ley 33 de 1985 en su artículo 2 consagra que 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, por lo que asegura que es inadmisibles que las entidades accionadas se escuden en el hecho de que el seguro social no respondió la consulta de la cuota parte, siendo que en ese caso la ley y la jurisprudencia ordenan que se configure el silencio administrativo positivo y se proceda al reconocimiento de la pensión de jubilación.

Cita la sentencia T-1234 de 2008 de la Corte Constitucional y con fundamento en ella, afirma que las accionadas han sido negligentes en el trámite de la pensión del accionante puesto que desde el momento en que fue desvinculado de la



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

gobernación de Sucre se inició su trámite pensional, aportando cada uno de los documentos que se exigen para ello sin recibir a la fecha una respuesta definitiva.

Refiere que se ha violado el debido proceso, la igualdad y el mínimo vital, citando varios fallos del Consejo de Estado sobre el tema, y concluyendo en la liquidación de la pensión se debe ordenar, junto con la indexación correspondiente.

1.5 TRÁMITE DEL PROCESO

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 1 de agosto de 2012 (fol. 1 al 38).
- Inadmisión de la demanda: 22 de agosto de 2012 (fol. 45).
- Corrección de la demanda: 4 de septiembre de 2012 (fol. 48 a 51).
- Admisión de la demanda: 7 de septiembre de 2012 (fol. 53).
- Notificación a las partes: 15 de marzo de 2013 (fol. 92).
- Recepción de acuse de recibo de la notificación: 15 de marzo de 2013 (fol. 92).
- Audiencia Inicial: 19 de junio de 2013 (fol. 116 a 119)
- Audiencia de Pruebas: 2 de julio de 2013 (fol. 269 a 271)

1.5.1 RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada DEPARTAMENTO DE SUCRE, contestó en término, en memorial visible a fol. 67 a 79, en donde manifiesta que el hecho primero es cierto.

Con relación a la cotización del actor al INSTITUTO DE SEGURO SOCIALES, informa que no le consta por ser esta una entidad autónoma a la demandada.

Aclara que le consta que el demandante tiene 17 años 3 meses y 9 días de tiempo de servicio como maestro nacional, reiterando que no le constan las cotizaciones al ISS.



En lo referente a la desvinculación del accionante del servicio público, afirma que el Departamento de Sucre produjo el Decreto 853 de 2010, mediante el cual desvinculó al demandante en aplicación de la ley, por haber alcanzado la edad de retiro forzoso, 65 años, por esta razón dicho acto administrativo no es irregular.

Aclara el trámite dado a las peticiones pensionales del actor, asegurando que se ha dado el que corresponde conforme a la ley ante la FIDUPREVISORA S.A.

Se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que se debe tener en cuenta el contenido del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, reglamentado por el Decreto 2709 de 1994, por lo que plantea que existen documentos que prueban que el demandante estuvo vinculado con la entidad demandada 17 años, 3 meses y 9 días, no cumpliendo con el tiempo de servicio exigido por la norma antes citada para acceder a la prestación demandada, a cargo del Departamento de Sucre.

Presenta como medios exceptivos los siguientes:

1.5.1.1. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA: Hace constar esta excepción en el hecho de que el DEPARTAMENTO DE SUCRE - Secretaría de Educación del Departamental, intervino en la expedición del Acto Administrativo N°700.11.03 SE OPSM 0374 del 7 de junio de 2012, no en forma autónoma sino en nombre y representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, por lo que advierte que la Secretaría solamente cumple un mandato legal, pero la pensión es reconocida y está a cargo exclusivamente del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

1.5.1.2. PRESCRIPCIÓN: Hace constar esta excepción en el hecho que el fenómeno jurídico de la prescripción de los derechos laborales se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968,



por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, por lo que solicita que se declare el derecho a favor del actor, el mismo está sometido al fenómeno de la prescripción trienal que consagra la norma antes citada.

La entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no contestó la demanda.

1.5.2 ALEGATOS DE LAS PARTES:

En la audiencia de pruebas surtida el 2 de julio de 2013, se dispuso la presentación de alegaciones por escrito, razón por lo que las partes y el Ministerio Público así se pronunciaron, tal como se entra a discriminar:

El demandante alegó en término, a través de memorial visible a fol. 279 a 284, en donde manifiesta se encuentra demostrado que el accionante trabajó para el magisterio durante 17 años 3 meses y 9 días, al igual que la cotización al ISS de 286.5 semanas y su edad, por lo que concluye que cumple de sobra con los requisitos legales para acceder a la PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES.

Aclara que a diferencia de lo que argumentan las entidades demandadas, el único deber legal que tiene demandante con relación al trámite pensional es SOLICITAR LA PENSIÓN aportando los documentos idóneos que acrediten su derecho adquirido, tal como lo hizo en su debido momento.

Cita a su favor la sentencia T 405 de 2011 de la Corte Constitucional, resaltando que el accionante es beneficiario del régimen de transición que consagró la Ley 100 de 1993, debido a que al momento de entrar en vigencia ya había cumplido los 40 años, por lo que asegura que su régimen se encuentra regido por las Leyes 33 de 1985, 71 de 1988 y 91 de 1989, afirmando que posee un régimen pensional especial de acuerdo a la Ley 100 y la Constitución Nacional, por lo tanto el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de él están a cargo de la



NACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, citando para soportar su argumento la sentencia C-089 de 1997 de la Corte Constitucional.

Concluye citando el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicación 1257 de 2000, y asegurando que deben prosperar las pretensiones aducidas.

La entidad demandada DEPARTAMENTO DE SUCRE, alega en término en memorial visible a fol. 285 a 287, en donde argumenta que el actor no cumple el tiempo de servicios exigido por la ley para acceder a la pensión solicitada. Por otra parte, con fundamento en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, asegura que el departamento solamente cumple un mandato legal, pero el reconocimiento y pago de la pensión está a cargo exclusivamente del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que solicita declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.5.3 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Mediante concepto presentado en término y visible a fol. 274 a 278, el Procurador delegado ante esta Corporación sostiene que está probado que el actor ingresó al Magisterio mucho antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, la cual en su artículo 81 reconoce la aplicabilidad del régimen de prestaciones anterior a su vigencia. Conforme a lo mencionado, en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la norma aplicable, teniendo en cuenta la fecha en que el actor adquirió el estatus de pensionado, es la Ley 33 de 1985.

Indica que a fol. 111 aparece reporte de semanas cotizadas a pensiones obtenida a través de la página de web de la Administración Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, en donde se observa que el señor EUCLIDES OLIVEROS REQUEMA se afilió a pensiones al Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio en la fecha: 1996-01-01. Se aportó por parte de la Gobernación de Sucre copias de



los antecedentes administrativos del señor EUCLIDES OLIVERO REQUENA, en donde se encuentra certificación de tiempo de servicios, contabilizándose 17 años, 3 meses y 9 días (folios 162 y 163).

Sostuvo que a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio pertenecen al régimen de excepción consagrado en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por esta razón le es aplicable lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, al igual que su Decreto 2709 de 1994.

Por lo manifestado, advierte que se tiene probado con el registro civil de Euclides Oliveros Requena (fol. 139), cumplió en el año 2005 los 60 años de edad; Certificado de tiempo de servicios expedido por la Secretaría de Educación de la Gobernación de Sucre (fol. 135) donde se reporta tiempo de servicio de 17 años, 3 meses y 9 días, sumado lo anterior, se demuestra con el formato impreso del ISS, a fol. 137, en donde se reporta un total de semanas cotizadas de 286.43 cotizado durante los siguientes períodos: 05/03/1985 hasta el 27/12/1985 y 30/04/1986 hasta 31/12/1990; el certificado de salarios años 2006 y 2007 se encuentran consignados en el formato único para expedición de certificado de salarios a fol. 136.

Por ello, concluye que se cumple con lo dispuesto en la norma antes citada, motivo por el cual solicita respetuosamente se decrete la nulidad del acto demandado, y se ordene a título de restablecimiento del derecho, el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes para el actor, del 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios anterior al momento de adquirir el estatus de pensionado.

II. ARGUMENTOS DE LA CORPORACIÓN

Cabe advertir que la Sala no observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar



lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto, previas las siguientes consideraciones.

2.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN, DE LA DEMANDA Y DE SENTENCIA DE FONDO, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En este punto y como condición para el pronunciamiento de fondo del proceso, se pronuncia el Tribunal sobre los presupuestos procesales atinentes a la acción y la demanda, la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso, las formalidades de la demanda, la capacidad de los litigantes para ser partes, el ejercicio del derecho de postulación, la caducidad y la legitimación en la causa.

La Sala considera que los presupuestos procesales atinentes al medio de control y a la demanda se encuentran reunidos, existiendo demanda en forma a la luz de los artículos 161 y 162 del C.P.A.C.A.

Con relación a los requisitos de procedibilidad, es claro que efectivamente sí se agotaron dado que, por una parte, el acto demandado no indica que recursos procede en contra del mismo (fol. 18 a 20) y por otro lado, al girar la presente discusión sobre derechos ciertos e indiscutibles de contenido pensional, no era obligación agotar la etapa de la conciliación previa.

En cuanto a la caducidad, se tiene que esta litis no debe atenderla, por cuanto de forma clara el artículo 164 numeral 1 literal c establece que se pueden demandar en cualquier tiempo los actos que niegan o reconocen prestaciones periódicas como las pensiones.

Es competente esta Corporación para conocer, en primera instancia, del presente medio de control, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 152 numeral 2 del C.P.A.C.A.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

En cuanto a la capacidad de los litigantes y el derecho de postulación, demanda en el presente caso una persona natural mayor de edad a través de apoderado, por lo que se supera este requisito. En igual sentido, se demanda a dos entidades de derecho público con personería jurídica (DEPARTAMENTO DE SUCRE Y NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) y la primera de ellas ha actuado a través de abogado acreditado.

La legitimación en la causa por activa se encuentra debidamente probada, dado que la accionante es el interesado y afectado con el acto administrativo que se demanda. La legitimación en la causa por pasiva será estudiada como problema jurídico subsidiario al momento de abordar el fondo del asunto, a continuación.

2.2. DEL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO:

Pretende la demandante se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No 700.11.03 SE OPSM 0374 del 7 de junio de 2012, expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, a través del cual se da respuesta a la petición elevada por el actor el 9 de mayo de 2012.

Por lo anterior, le corresponde a la Sala realizar el análisis de legalidad del acto determinado, teniendo en cuenta el marco propuesto por el demandante en el acápite de normas violadas y concepto de la violación, decidiendo en forma previa los argumentos presentados por el demandado Departamento de Sucre de falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.3. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Problema Jurídico Asociado: ¿Se encuentra legitimado en la causa por pasiva el ente territorial que expide a través de su secretario de educación un acto administrativo en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación



Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por el cual deniega un derecho pensional de un docente afiliado al mismo?

Problema Jurídico Principal: ¿Tiene derecho a la pensión de jubilación por aportes, el docente nacional o nacionalizado que se vinculó al servicio público antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 y que sea beneficiario del régimen de transición, que completa los veinte (20) años de cotización con tiempos privados pagados al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES?

Para solucionar a estos interrogantes, es necesario que la Corporación entre a estudiar los siguientes temas: i. La legitimación en la causa por pasiva en los temas relacionados con las peticiones pensionales de los afiliados al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, ii. Normativa aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados vinculados al Fondo que sean beneficiarios del régimen de transición y la posibilidad de aplicar la Pensión de Jubilación por Aportes en caso de que se incumplan los requisitos de tiempo de servicios y se alcance por aportes - Favorabilidad y iii. El caso concreto.

Por lo anterior, pasa el despacho a decidir el mérito del proceso:

2.4. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA EN LOS TEMAS RELACIONADOS CON LAS PETICIONES PENSIONALES DE LOS AFILIADOS AL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:

Es menester que se aborde por parte de la Sala el tema de la legitimación del ente territorial que expide el acto administrativo que se demanda, en atención no solo a la excepción formulada por esta parte, sino por el hecho mismo de la forma particular que materializa su actuar el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo que se analiza en términos generales y especiales.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

La legitimación en la causa, entendida esta como “... *ser la persona que de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda o en la imputación penal, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida o del ilícito penal imputado, que deben ser objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquella o éste existan...*”², para el presente caso en la parte PASIVA, brilla por su ausencia en cabeza del ente territorial demandado, tal como se entra a explicar.

Como lo expone el ente demandado y lo expresan los mismos actos administrativos, el Departamento de Sucre actúa como medio para que el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO materialice la decisión administrativa relacionada con las prestaciones a su cargo. Para llegar a esta conclusión es importante analizar:

El Decreto 111 de 1996, consagra en su artículo 30 los fondos especiales en el orden nacional, definiéndolos como “... *los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador*”.

La Ley 91 de 1989, en su artículo 3³, creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en calidad de fondo especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyo fin es el regulado por el artículo 4 de la misma ley, el que consiste en la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley y de los que se vinculen con posterioridad a

² DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Santa Fe de Bogotá Editorial ABC 1996, Tomo I, p. 279.

³ “*Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, 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 base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.*”

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

ella. Como objetivos del mismo, el artículo 5 de normativa en estudio consagra en su numeral 1 el de *“Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.”*

Igualmente, la norma que crea el mencionado fondo (artículo 3 transcrito a píe de página 3) en su inciso final consagra que este órgano deberá estar dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios, en cada entidad territorial, sin afectar el principio de unidad.

En complemento y desarrollo de la anterior disposición, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994⁴, reitera que las prestaciones sociales a cargo del fondo serán reconocidas por este a través del representante del Ministerio en la entidad territorial, norma que es repetida y reglamentada en su operatividad práctica por el Decreto 1775 de 1990, modificado a su vez por el Decreto 2234 de 1998.

Por otra parte, el legislador a través de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, *“Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”*, estableció en su artículo 56⁵, que el representante del fondo para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales a su cargo es el Secretario de Educación Territorial certificada, y que este firmaría el acto administrativo que decide las solicitudes elevadas sobre el mencionado tema, previa aprobación del proyecto de acto por el administrador del fondo.

⁴ *“Artículo 180.- Reconocimiento de prestaciones sociales. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente.*

El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales.”

⁵ *“Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, 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.”*



*Jurisdicción Contenciosa
Administrativa*

Así pues, del anterior marco normativo se puede inferir que es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO quien tiene a su cargo las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y por tanto es a este organismo a quien le correspondería responder por las posibles irregularidades existentes en reconocimiento y su liquidación. Igualmente, es claro que el Secretario de Educación territorial **solo actúa como medio regional de atención a los afiliados al fondo**, pero no es la voluntad del ente territorial la que se refleja en el acto, sino la voluntad misma del fondo. Quedará por definir, quién representa legalmente al mencionado fondo, para efectos procesales, dado que como lo indica la norma de creación del mismo, no posee personería jurídica, a fin de determinar claramente que es a este órgano y no al ente territorial, a quien debió demandarse.

Para resolver la anterior inquietud, la Sala hace suya la interpretación Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del que se transcribe el aparte de la respuesta:

“2. LA SALA RESPONDE:

En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional.

A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.”⁶

En igual sentido la Sección Segunda, Subsección B de la misma Corporación, la que ha manifestado sobre el tema en decisión reciente:

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Concepto del 23 de mayo de 2002. Radicación número: 1423. Actor: MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Referencia: fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. representación judicial y extrajudicial del fondo.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

“Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas 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 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, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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 vigente⁷.

No obstante lo anterior, y aún cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente peticionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar⁸ una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”⁹

En consonancia con lo dicho, el mismo órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa en providencia que declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del departamento de Boyacá, en litigio en el que se controvertían

⁷ En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁸ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”. MAGISTRADO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 14 de febrero de 2013. Expediente: 25000232500020100107301. Referencia: 1048-2012. Actor: LUZ NIDIA OLARTE MATEUS. AUTORIDADES NACIONALES.



prestaciones a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO¹⁰.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, resulta claro para esta Corporación, que no obstante que los actos administrativos son expedidos formalmente por parte del ente territorial certificado a través de su Secretario de Educación, ellos no manifiestan su voluntad como elemento de existencia del acto, sino que manifiestan la voluntad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así las cosas, en caso de demandarse la nulidad de los actos administrativos que definen las prestaciones a cargo de dicho fondo, debe dirigirse ella no contra la entidad territorial que expidió el acto, sino contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Se concluye pues que, el Departamento de Sucre carece de legitimación en la causa material por pasiva, por lo que se declarará probada esta excepción a su favor en el aparte resolutivo de esta providencia. Aclara la Sala que, si bien el actor manifiesta en su demanda una serie de irregularidades en la terminación del vínculo legal existente entre él y el Departamento de Sucre, no es este el objeto del presente proceso, dado que no se demanda el acto que aplicó el retiro forzoso al accionante, sino el que define su derecho a la pensión.

2.5. NORMATIVA APLICABLE A LOS DOCENTES NACIONALES Y NACIONALIZADOS VINCULADOS AL FONDO QUE SEAN BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES EN CASO DE QUE SE INCUMPLAN LOS REQUISITOS DE TIEMPO DE SERVICIOS Y SE ALCANCE

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejera Ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO. Sentencia del 1 de septiembre de 2005. Radicación: 150012331000200002999 01 (3906-05). Demandados: Nación Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Boyacá.



POR APORTES - FAVORABILIDAD:

La Ley 91 de 1989, creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. En dicha normativa se consagra las funciones y obligaciones que asume dicho órgano, en su aparte pertinente, así:

“Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

...

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

...

Artículo 15º.- 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:

...

2.- Pensiones:

...

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.”

De las normas transcritas, resulta claro que para los docentes nacionales y nacionalizados, vinculados a partir del 1 de enero de 1981 y antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 que sean beneficiarios del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993, es aplicable el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, y dichas pensiones estarán a cargo del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Igualmente, de lo dicho se desprende que los docentes nacionales y nacionalizados están sujetos a la Ley 33 de 1985, en su calidad de empleados públicos. Sin embargo, es importante resaltar



Jurisdicción Contenciosa
Administrativa

que para la aplicabilidad de la mencionada normativa¹¹, es menester que se demuestre todos los elementos de su supuesto de hecho, como es veinte (20) años de servicio público continuo o discontinuo y cincuenta y cinco (55) años de edad.

Por lo anterior, las personas que no cumplen con dicho supuesto de hecho, no puede adquirir el derecho a la pensión de jubilación por tiempo de servicios. No obstante lo anterior, ¿perderá todo el tiempo cotizado el empleado que ha trabajado un término inferior y que puede completar su cotización para adquirir el derecho a la pensión por aportes, propia de los sistemas de seguridad social? Una respuesta positiva a la anterior pregunta repugnaría en un Estado Social de Derecho como el nuestro, en donde existen una serie de garantías a favor de los trabajadores y haría que existiera un enriquecimiento sin causa de quien recibió los aportes por un largo período y no tendría que pagar ninguna contraprestación por ellos¹², y contrariaría el principio de favorabilidad en la interpretación de las fuentes del derecho en las relaciones de tipo laboral.

Así pues, es necesario traer a colación la Ley 71 de 1988¹³, normativa que en su artículo 7 consagra el régimen de pensión de jubilación por aportes, dado que en él se verifica es la existencia de 20 años de **APORTES y no la prestación del**

¹¹ La Ley 33 de 1985 consagra en su aparte pertinente: "**Artículo 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) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

...

¹² Como lo ha dicho la CORTE CONSTITUCIONAL, el enriquecimiento sin causa en materia pensional no posee justificación constitucional, cuando consideró: "**4.4.** Finalmente, se observa que mediante el parágrafo del artículo 7º de la ley 71 de 1988, se propicia un enriquecimiento sin justa causa de las entidades mencionadas, que han recibido los aportes que a la fecha de la vigencia de la referida ley, realizaron por 10 años o más, los varones con 50 o más años de edad y las mujeres con 45 años o más de edad, pues las autoriza para apropiarse de los aportes que hubieren hecho en diferentes oportunidades dichas personas al ISS y a las entidades de previsión social oficiales, cuando, según las normas legales vigentes al momento de la expedición de la ley, la pensión quede a cargo de algunas de las referidas entidades. Dicho enriquecimiento, es contrario a toda idea de justicia y se opone a la vigencia de un orden justo (preámbulo y art. 2º de la C.P.)." Sentencia C-012 de 1994. M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

¹³ "**Artículo 7.-** A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de **aportes sufragados en cualquier tiempo** y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas." (Negrillas y subrayas propias).



servicio a favor del Estado por el mismo término, lo que claramente es reiterado en el decreto reglamentario de la mencionada norma (Decreto 2709 de 1994)¹⁴.

En las normas en cita consagran como características y requisitos para la obtención de la mencionada prestación, los siguientes:

1. Tener la calidad de empleado público o trabajador oficial (artículos 7 de la Ley 71 de 1988 y 1 del Decreto 2709 de 1994).
2. Acreditar 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales (artículo 7 de la Ley 71 de 1988).
3. Para efectos de la mencionada pensión, se entienden por entidad de previsión social cualquiera de las cajas de previsión social, fondos de previsión, o las que hagan sus veces del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital y al Instituto de los Seguros Sociales (artículo 4 del Decreto 2709 de 1994). De la anterior definición, a la luz de la Ley 91 de 1989, se puede inferir que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se enmarca como un fondo de previsión, para los efectos de la mencionada pensión de jubilación por aportes.
4. Cumplir 60 años de edad (artículos 7 de la Ley 71 de 1988 y 1 del Decreto

¹⁴ “DECRETO 2709 DE 1994. (diciembre 13). por el cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 71 de 1988...

Artículo 1°. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina **pensión de jubilación por aportes**.

*Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de **cotizaciones o aportes continuos o discontinuos** en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.”* (Negrillas y subrayas propias).



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

2709 de 1994).

5. De acuerdo a la reglamentación vigente, la entidad que debe reconocer la pensión por aportes, es la última entidad de previsión a la que se efectuaron aportes, siempre y cuando el tiempo de aportación continuo o discontinuo en ellas haya sido mínimo de seis (6) años (artículo 7 del Decreto 2709 de 1994)¹⁵.
6. El monto de la pensión será equivalente al 75% del salario base de liquidación, sin que pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario (Artículo 8 del Decreto 2709 de 1994).
7. Sobre el Ingreso Base de Liquidación al que se le aplicará el anterior porcentaje, el decreto reglamentario en estudio consagraba en su artículo 6 que el mismo era el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. Sin embargo, la mencionada norma fue derogada de forma expresa por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997, por lo que el Consejo de Estado ha interpretado de manera reiterada¹⁶, que

¹⁵ En apoyo de lo anterior, la Sala de Consulta ha resuelto los conflictos suscitados entre el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el ISS. Como ejemplo se cita el siguiente: *“Advierte la Sala que la correcta interpretación del artículo 10 del decreto 2709 de 1994, consiste en que el solicitante de la pensión debe acreditar, al momento de pedirla mínimo seis años continuos o discontinuos de aportes a la última entidad de previsión a la cual hubiera estado afiliado, para que ésta esté obligada al reconocimiento de dicha prestación. El texto del artículo 10 no permite inferir que el término de los seis años deba contarse hasta la adquisición del status de pensionado, porque como ya se dijo está referido exclusivamente al hecho de aportar y a la última entidad de previsión en la cual dicha aporte se hubiere realizado. Por lo tanto, la Sala concluye que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad competente para tramitar y decidir sobre el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la señora Ana Mélida Leal de Paéz, toda vez que realizó aportes durante más de 6 años y es la última entidad de previsión en la que se efectuaron los aportes correspondientes a su pensión.”* CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO. Conflicto de competencias del 2 de septiembre de 2010. Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00104-00(C). Actor: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONAL SOCIALES DEL MAGISTERIO. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

¹⁶ Sobre el punto, la Sala trae a colación la siguiente sentencia sobre el tema: *“Queda por precisar cuál es el salario base de liquidación de la pensión de jubilación por aportes. Al respecto debe señalarse que el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 que establecía el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes fue derogado de manera expresa por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997.*

Sobre este punto la Sala reitera en esta oportunidad lo que ha señalado esta Sub-Sección en la sentencia del 18 de marzo de



ha de aplicarse el salario base de liquidación consagrado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Una vez cumplidas dichos supuestos fácticos, se adquiere el derecho a la pensión en mención en los términos y monto ya descritos.

Sobre el tema en estudio, se ha pronunciado el Consejo de Estado, en el siguiente sentido:

“En esta oportunidad, la Sala reitera el mencionado criterio para considerar que, para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si dicho tiempo fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social.”¹⁷

Igualmente, es importante resaltar el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, norma que por su claridad, es necesario transcribir y es reiterada por el Acto Legislativo 1 de 2005¹⁸:

2010¹⁶, en el sentido de que la regla jurídica para determinar el ingreso base de liquidación (IBL) de las personas beneficiarias del régimen de transición y que tengan derecho a la pensión de jubilación por aportes es la establecida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

“El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior [beneficiarios del régimen de transición] que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

Dicha conclusión resulta acorde con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 19 y en el inciso 2° del artículo 22 del Decreto 1474 de 1997 al señalar que los bonos pensionales que haya lugar a expedir por razón de la pensión de jubilación por aportes serán reconocidos y pagados por la entidad competente para expedir dichos bonos en el nivel nacional o territorial y que el ingreso base de liquidación para el bono de los beneficiarios del régimen de transición “se establecerá de acuerdo con el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 9 de junio de 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-05520-01(1117-09). Actor: ELVIA MARÍA MEJÍA FERNÁNDEZ. Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ “PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes [100](#) de 1993 y [797](#) de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.
...”*

Así las cosas, con relación a los docentes, hay que distinguir los vinculados antes de la vigencia de la mencionada normativa, es decir, antes del 27 de junio de 2003¹⁹, los que se rigen por las normas pensionales anteriores, y los vinculados con posterioridad, los que se rigen por las Leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y posteriores.

Bastan las anteriores consideraciones legales y jurisprudenciales para analizar:

2.6. EL CASO CONCRETO

Dentro del *sub lite*, tenemos como hechos probados, los siguientes:

1. Que el actor cotizó un total de 286,43 semanas al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES en calidad de empleado del LICEO EVANGÉLICO INTERAMERICANO y FUDEMEICO (fol. 107 y 137).
2. Que posteriormente se vinculó como docente nacional al servicio del Departamento de Sucre, por un total de 17 años, 3 meses y 9 días (fol. 135).
3. Que fue desvinculado del servicio a través de Decreto 0853 del 16 de abril

¹⁹ La mencionada ley fue publicada en el Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003.



2010 con efectos a partir del 11 de mayo del mismo año (fol. 135 y 232).

4. Que nació el 9 de enero de 1945 (fol. 124).
5. Que el 27 de abril de 2011 solicitó al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por intermedio de la Secretaría Departamental de Educación de Sucre, el reconocimiento de su pensión (fol. 238).
6. Que nuevamente, el 9 de mayo de 2012, solicitó al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por intermedio de la Secretaría Departamental de Educación de Sucre, el reconocimiento de su pensión (fol. 121 a 123).
7. Que la Secretaría Departamental de Educación de Sucre contesta la anterior petición a través del acto administrativo que aquí se demanda (fol. 126 a 128).

Teniendo en cuenta lo analizado, es claro que el actor, por una parte, es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, dado que al 1 de abril de 1994 contaba con 49 años cumplidos.

Por otra parte, es claro que sumados los tiempos de servicio público (17 años, 3 meses y 9 días) con los privados (286,43 semanas que equivalen a 5.51 años) nos da un total de 22,79 años de servicios, por lo que se acredita el tiempo exigido para ser beneficiario de la pensión de jubilación por aportes.

En cuanto a la edad exigida, el actor cumplió los sesenta (60) años, el día 9 de enero de 2005, y el tiempo de servicio de 20 años el 31 de julio de 2007²⁰, fecha esta última en la que adquirió el estatus de pensionado. No obstante lo anterior, la mencionada

²⁰ El actor llevaba laborados en tiempos privados 286,43 semanas que equivalen a 5.51 años, restándole 14.49 años para adquirir el estatus, empezando a laborar el 2 de febrero de 1993, cumpliendo los 14 años restante el 2 de febrero de 2007 y los 0.49 años que equivalen a 178.85 días el 31 de julio de 2007.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

pensión solo es efectiva a partir de la fecha de retiro del servicio²¹, lo que ocurrió para el caso del actor a partir del 11 de mayo de 2010 (fol. 135) por lo que tendrá derecho a su reconocimiento a partir del 12 de mayo del mismo año.

Por lo anterior, el actor claramente tiene derecho a que la entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca, liquide y pague una pensión de jubilación por aportes.

Analizado lo dicho a la luz del concepto de la violación presentado, es claro que efectivamente el acto administrativo demandado ha trasgredido las normas violadas pretendidas por el accionante, dado que el actor posee el derecho a la pensión de jubilación por aportes declarada, así lo indica la normativa ya estudiada, de rango legal y constitucional, y la jurisprudencia.

En otras palabras, esta Corporación considera que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en su calidad de entidad demandada en este proceso, transgredió las Leyes 71 de 1988, y 812 de 2003, así mismo los artículos 13, 53 y 230 superiores, por inadecuada aplicación, tal como se desprende del texto mismo del acto administrativo demandado, por lo que habrá de declararse su nulidad y ordenarse el restablecimiento del derecho consecuente.

2.6.1. LIQUIDACIÓN DEL DINERO QUE SE DEBE PAGAR.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala declarará:

- 2.6.1.1. Que el actor tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca, liquide y pague una pensión de jubilación por aportes, en cuantía del

²¹ El decreto reglamentario ya citado, consagra: “**Artículo 2º.** Efectividad y pago de la pensión de jubilación por aportes. La pensión de jubilación por aportes, para los servidores públicos se hará efectiva una vez se retiren del servicio. Para los demás trabajadores, se requiere la desafiliación de los seguros de invalidez, vejez o muerte y accidente de trabajo y enfermedad profesional, salvo las excepciones previstas en la ley.”



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

75% sobre el ingreso base de liquidación que se halle en aplicación del inciso 3 de la Ley 100 de 1993, a partir del 12 de mayo de 2010, fecha de retiro del servicio.

2.6.1.2. La anterior liquidación, tendrá efectos fiscales a partir de la misma fecha, más los reajustes legales anuales a los que haya lugar. Lo dicho, dado que la accionante interrumpió la prescripción trienal que opera en el ámbito administrativo laboral (artículos 41 Decreto 3135 de 1968 y 101 del Decreto 1848 de 1969)²², con su petición del 27 de abril de 2011 (fol. 238), por lo realizó la reclamación directa dentro del término extintivo de los derechos laborales, interrumpiendo la misma desde dicha fecha, razón por la cual se denegará la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN propuesta por el Departamento de Sucre.

2.6.1.3. No hay lugar a ordenar la indexación de la primera mesada pensional, dado que el actor laboró hasta la misma fecha en la que adquiere el derecho a la pensión y por ende el ingreso base de liquidación no se ve afectado con los fenómenos macroeconómicos²³.

²² El artículo 42 del Decreto 3135 de 1968, consagra: “Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Igual disposición es reiterada por el artículo 101 del Decreto 1848 de 1969.

²³ En este sentido se ha pronunciado el CONSEJO DE ESTADO: “La indexación de la primera mesada se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento; sin embargo, en casos como el que se analiza, en que el retiro del servicio y el cumplimiento de todos los requisitos para acceder al derecho pensional se cumplieron en el mismo año, e incluso, el reconocimiento también se efectuó en él, no puede hablarse de pérdida del poder adquisitivo del ingreso base con que se liquidó la pensión, pues no transcurrió un tiempo que diera lugar a la referida depreciación; por el contrario, al haber sido reconocida la pensión en el 100% del salario, de acuerdo con la convención colectiva que lo cobijaba, siguió percibiendo la misma remuneración que hubiera seguido recibiendo, en caso de haber continuado laborando.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “A”. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Sentencia del 7 de marzo de 2013. Radicación número: 76001-23-31-000-2008-01205-01(1995-11). Actor: GERSAIN DAZA. Demandado: MUNICIPIO DE PALMIRA.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

- 2.6.1.4. Indexación mes a mes desde la consolidación del derecho a la pensión de jubilación: Una vez liquidado el valor de la pensión, cada mesada causada se indexará utilizando la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

En donde el valor presente de Ra se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es la correspondiente mesada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de las diferentes mesadas). Por tratarse de pagos de reajustes de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional, comenzando por la correspondiente al mes de mayo de 2010 (fecha a partir de la cual debe reconocerse la pensión), y para los demás teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la causación de cada uno de ellos.

- 2.6.1.5. Así mismo, quedará obligada la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a incluir en nómina de pensionados y la liquidación de mesadas atrasadas a partir de la fecha antes determinada. Se dará cumplimiento al presente fallo en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. y la misma devengará intereses en los términos consagrados en el artículo 195 *Ibidem*.
- 2.6.1.6. Los intereses de mora a título de perjuicios: Solicita el actor que se condene a la entidad demandada al pago de los intereses de mora de cada una de las mesadas causadas a manera de indemnización de perjuicios recibidos²⁴. En primer lugar, aclara la Corporación que este

²⁴ Así es solicitada esta pretensión en el texto mismo de la demanda (fol. 15, pretensión No. 5).



tipo de pretensiones no resultan ajenas al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que de forma clara la norma que lo consagra posibilita que a través de él se solicite "... que se le repare el daño." (Artículo 138 C.P.A.C.A.). Así pues, para la Sala, es claro que quien pretende, debe demostrar el supuesto de hecho de la norma de la que pretende derivar la consecuencia jurídica, clara aplicación del principio procesal de la carga de la prueba y que posee consagración legal en el artículo 177 del C.P.C., norma aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión expresa realizada por el artículo 211 del C.P.C.A., es decir, quien pretende el pago de una indemnización por perjuicios, debe correr con la carga de demostrar todos los elementos de la responsabilidad del Estado²⁵. Analizado lo anterior a la luz de lo probado en el proceso, no existe elemento probatorio alguno de donde se pueda inferir o deducir alguno de los requisitos para declarar la responsabilidad Estatal e indemnizar el daño, partiendo de la base de que ni siquiera el daño pretendido se encuentra probado, por lo que se denegará la mencionada pretensión.

2.7. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 C.P.A.C.A., se condenará a la parte demandada al pago de las costas correspondientes.

En consecuencia, en aplicación del numeral 2 del artículo 392 del C.P.C. en concordancia con el Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del

²⁵ Conforme se desprende del artículo 90 de la C.P. y de la reiterada jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL y el CONSEJO DE ESTADO, de acuerdo al régimen de responsabilidad aplicable, los elementos que se deben configurar y que debieron ser probados por la demandante para establecer la responsabilidad administrativa de la entidad demandada y el deber de reparar de la misma por la configuración de un daño antijurídico, son los siguientes:

- El título jurídico de imputación (falla del servicio, riesgo excepcional, daño especial, enriquecimiento sin causa, etc).
- El daño.
- Imputación del daño a la entidad pública (nexo material o funcional con el servicio).
- La causalidad eficiente entre el daño y los perjuicios ocasionados.



CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA²⁶ y atendiendo los criterios fijados en el artículo 3 del mismo acuerdo, se fijarán las agencias en derecho.

Esta Corporación en casos como el que se juzga, ha fijado dicho rubro en el porcentaje del 2% del valor de las pretensiones. No obstante lo anterior, la Sala observa que el actor demanda a dos personas públicas y frente a una de ellas sus pretensiones no prosperan, es decir, el DEPARTAMENTO DE SUCRE sale adelante en su oposición, razón por la cual se rebajará la suma que tradicionalmente se fija a la mitad, por lo que se declara en el equivalente al 1% del valor de las pretensiones (\$ 103.786.035, fol. 8) teniendo en cuenta la duración actual del proceso que inició el 1 de agosto de 2012, lo que arroja por dicho concepto la suma de **UN MILLÓN TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS (\$ 1.037.860)**.

En firme la presente providencia, ordénese que por secretaría se realice la liquidación correspondiente.

III. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Judicatura concluye que el actor tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de jubilación por aportes, por llenar todos y cada uno de los requisitos consagrados en la Ley 71 de 1988, razón suficiente para declarar la nulidad del acto acusado, con el consecuente restablecimiento del derecho, lo que se encuentra a cargo de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo que se declarará la

²⁶ “III

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

...

3.1.2. Primera instancia.

...

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.”



falta de legitimación en la causa por pasiva del DEPARTAMENTO DE SUCRE, sin que haya lugar a declarar prescrita mesada pensional alguna.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE probada la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** en cabeza del DEPARTAMENTO DE SUCRE, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE no probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS**, formulada por el DEPARTAMENTO DE SUCRE.

TERCERO: DECLÁRESE la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No 700.11.03 SE OPSM 0374 del 7 de junio de 2012, proferidos por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre en nombre y representación del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

CUARTO: DECLÁRESE que la parte demandante tiene derecho a que la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, le reconozca, liquide y pague una pensión jubilación por aportes a partir del 12 de mayo de 2010, en la cuantía que resulte de la reliquidación ordenada en esta sentencia.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

QUINTO: CONDÉNESE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que sobre las sumas adeudadas le pagué al actor el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula referenciada en la parte motiva de este fallo.

SEXTO: ORDÉNESE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, incluir en nómina de pensionados el valor que debe ser reconocido y el pago de la liquidación de mesadas atrasadas a partir del 12 de mayo de 2010.

SÉPTIMO: La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, **DARÁ** cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 *ibídem*.

OCTAVO: CONDÉNESE en costas al demandado NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. **FÍJENSE** las agencias en derecho en la suma de **UN MILLÓN TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS (\$ 1.037.860)**. En firme la presente providencia, por secretaría, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

NOVENO: DENIÉGUESE la pretensión relacionada con el pago de intereses de mora a título de indemnización de perjuicios, conforme se consideró en esta providencia.

DÉCIMO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su



radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI y para su cumplimiento, **EXPÍDASE** copia con destino a la partes, con las precisiones del artículo 115 del C.P.C. Las copias destinadas a las partes, serán entregados a los apoderados judiciales que han venido actuando.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 084.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ