

PENSION DE JUBILACION DE DOCENTE – Regulación legal / DOCENTE AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – No es aplicable el sistema de seguridad social en pensiones / PENSION DE JUBILACION DOCENTE – No existe régimen especial

El régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes nacionalizados de conformidad con los requisitos de la normatividad que le es aplicable. En materia de pensión de jubilación, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”. Tampoco lo hace la Ley 115 de 1994, que lo que hizo fue ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”. Observa la Sala, que dentro del expediente se encuentra acreditado que el demandante ostenta la calidad de docente nacionalizado el cual prestó sus servicios desde el 6 de marzo de 1978 razón por la cual, su situación particular se rige por el artículo 15 numeral 1 de la Ley 91 de 1989 en cuanto señala que, a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes. En consecuencia, el derecho pensional del señor Mora García se rige por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, la cual estableció en el artículo 1 que el tiempo de servicio es de 20 años continuos o discontinuos y la edad es de 55 años.

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 – ARTICULO 17 / DECRETO 3135 DE 1968 / DECRETO 2277 DE 1979 / LEY 33 DE 1985 / LEY 115 DE 1994 – ARTICULO 115 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 279 / LEY 91 DE 1989

PENSION DE JUBILACION DOCENTE – No reconocimiento por no cumplir edad al momento de la reclamación, así se cumpla en el trámite de instancia

Teniendo en cuenta que el demandante nació el 13 de mayo de 1952 y prestó sus servicios como docente entre el 6 de marzo de 1978 al 16 de febrero de 2004, estima la Sala que, el señor Mora García, al momento de presentar la solicitud de reconocimiento pensional, esto es, el 8 de junio de 2004, contaba con 52 años de edad y 26 años de servicio por lo que resulta evidente que al momento en que se realizó el pedimento ante el Fondo no cumplía a satisfacción con los requisitos previstos por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento de la pensión de jubilación. Para la Sala es importante señalar, que sí bien en otras oportunidades y en aplicación del artículo 170 del C.C.A. ha dispuesto el reconocimiento pensional en los términos que legalmente le corresponden, es decir, ha anulado de manera parcial el acto demandado dentro de las acciones de lesividad o de nulidad y restablecimiento del derecho y reconoce la pensión en los términos que considera legales, esta facultad no es posible ejercerla en el caso bajo estudio, porque la administración ante la petición de reconocimiento pensional se pronunció de manera negativa, y esta negativa como quedó visto, según el análisis aquí efectuado, era la decisión procedente. Adicionalmente la administración no ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente al reconocimiento con fundamento en el régimen que regula el derecho pensional del actor. De otra parte, en el caso *sub examine*, a diferencia de los casos en que se

demanda en ejercicio de la acción de lesivita o de nulidad y restablecimiento del derecho el acto de reconocimiento pensional, no hay lugar en virtud a lo establecido en el artículo 170 del C.C.A., a ordenar que se reconozca la pensión de jubilación del actor a partir de la fecha en la que adquirió el status, por cuanto la entidad accionada no ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente a dicha solicitud.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 170

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 15001-23-31-000-2005-00764-01(0872-10)

Actor: JOSE ISAIAS MORA GARCIA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 9 de diciembre de 2009, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá, inaplicó por inconstitucional la ordenanza 02 de 1946 y negó las súplicas de la demanda presentada por el señor José Isaías Mora García contra la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ANTECEDENTES

El señor José Isaías Mora García, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de Boyacá la nulidad de la Resolución No. 1238 del 12 de noviembre de 2004, expedida por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, por medio del cual le negó el reconocimiento y pago de una pensión

vitalicia de jubilación a los cincuenta (50) años de edad y veinte (20) de servicio en cuantía equivalente 75% del salario promedio de lo devengado en último año de servicios incluyendo los incrementos porcentuales establecidos por el Gobierno Nacional, las primas y demás emolumentos que constituyen salario.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó que se condene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocerle y pagarle una pensión de jubilación a partir de la fecha en que adquirió su estatus pensional, esto es a partir de 13 de mayo de 2002.

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

Fundamenta las pretensiones en los siguientes hechos:

El señor Mora García nació 13 de mayo de 1952. Sostuvo que, prestó sus servicios como docente desde el 6 de marzo de 1978.

Manifestó que al estimar que cumplía con los requisitos para obtener la pensión de jubilación de conformidad con la Ordenanza No. 2 de 1946¹ expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá, mediante escrito solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación, en los términos previstos en la citada Ordenanza.

Precisó que la entidad demandada, a través de la citada Resolución No.1238 de 12 de noviembre de 2004, consideró que el demandante no cumplió con los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, para el reconocimiento de una pensión de jubilación al no haber acreditado 55 años de edad y 20 de servicio.

Insistió la parte actora en que se vinculó como docente al servicio de la educación estatal antes del 31 de 1980, fecha en la cual se terminó el proceso de nacionalización de la educación y en consecuencia se debe aplicar a su caso las

¹ La ordenanza Departamental No. 2 de 1946 en su artículo 1º literal b) estableció que: “.Pensión vitalicia de jubilación. Cuando el empleado y obrero haya llegado o llegue a cincuenta años de edad, después de veinte años de servicios, continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldo y jornales devengados durante los tres últimos años, sin bajar de treinta pesos (\$30-00) ni exceder de doscientos pesos (\$200-00).

normas que rigen el reconocimiento de la prestación social para los funcionarios de las entidades territoriales que no es otra que lo consagrado en la Ordenanza 2 de 1946, y en la cual se exige la edad 50 años y 20 de servicio a la educación oficial, para obtener el status de pensionado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58.

La Ley 4 de 1966.

La Ley 33 de 1985.

La Ley 91 de 1989.

La Ordenanza 2 de 1946.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que la actividad docente se encuentra excluida de las previsiones del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones razón por la cual, la norma aplicable, al caso concreto, resulta ser la Ordenanza 2 de 1946 que exige como requisitos para el reconocimiento de una pensión de jubilación 50 años de edad y 20 de servicio, los cuales fueron acreditados por el actor.

Sostuvo que, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en un análisis errado de la situación particular del señor José Isaías Mora García, le negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación bajo el entendido de que, se le aplicaba la Ley 33 de 1985 y por tanto debía cumplir con los requisitos para obtener el reconocimiento pensional allí establecidos.

Lo anterior, estima el actor vulnera lo establecido en la Ley 91 de 1989 en la que se dispone que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre del mismo año mantendrán el régimen de cada entidad territorial, así las cosas la Ley 33 de 1985 es inaplicable en las entidades territoriales, ya que esta norma excluyó de su vigencia a los empleados oficiales que por ley disfruten un régimen especial de pensiones, quedando así como normas de aplicación inmediata para los efectos de factores salariales y edad pensionales la Ordenanza 2 de 1946, que definió la edad de cincuenta (50) años, compatibilidad de asignaciones y la liquidación con todos los factores salariales.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá mediante la sentencia de 9 de diciembre de 2009 inaplicó la Ordenanza 2 de 1946 y negó las súplicas de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se resumen (fls.93 a 102):

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

Destacó el Tribunal que la Ley 33 de 1985, unificó la edad en 55 años para varones y mujeres para tener derecho a la pensión, incorporando un régimen de transición para aquellos servidores que no tuvieran régimen especial y que hubieran laborado al servicio del Estado por 15 años a su vigencia, esto es, 13 de febrero de 1985, lo cual solo beneficia a las mujeres, debido a que las normas anteriores en cuanto a la edad exigida establecían para las mujeres 50 y para los hombres 55 años de edad.

Precisó el A quo que, no es posible perder de vista que los docentes estatales no cuentan con un régimen especial de jubilación toda vez que, en las Leyes 60 de 1973 y 91 de 1989, modifica aspectos tales como el monto, la edad y el tiempo de servicio necesarios para el reconocimiento de una pensión de jubilación a los docentes.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, con base en los argumentos que se pasan a resumir (fls.105 a 110):

Reiteró que, el régimen pensional aplicable a la solicitud formulada por el demandante, tendiente a obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación como docente, es el previsto en la Ordenanza 2 de 1946.

Sostuvo que, las pretensiones del demandante están dirigidas a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, tal como lo prevé la Ordenanza al momento cumplir 50 años de edad y 20 de servicios como docente en la entidad territorial.

Precisó que el señor Mora García se encontraba vinculado al Estado en calidad de docente, gozando de un régimen especial por ende y en aras del respeto al principio de favorabilidad debe respetarse ese régimen anterior a la vigencia de la Ley 91 de 1989, que estima es la Ordenanza 2 de 1946.

Insistió en que, el acto administrativo acusado y la sentencia impugnada están desconociendo de plano el régimen especial de los docentes, vulnerando principios constitucionales y derechos adquiridos con arreglo a las leyes laborales. Adicionalmente colocando al actor en condición de desventaja interpretativa respecto del docente que durante el tiempo legal establecido para acceder a dicha prestación laboró para el Estado.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Se trata de determinar en los términos del recurso interpuesto por la parte demandante si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, como docente en los términos previstos en la Ordenanza 2 de 1946.

De lo probado en el proceso

De acuerdo con la copia el acto administrativo demandado visible a folio 15 del expediente, el señor José Isaías Mora García nació el 13 de mayo de 1952, según se constato en el Registro Civil aportado al momento de solicitar el reconocimiento del derecho pensional.

Según Certificación No.7.032 de 8 de octubre de 2009, expedida por el Jefe de Recursos Humanos de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, el señor Mora García prestó sus servicios como docente nacionalizado en forma continua, a ese ente territorial, del 6 de marzo de 1978 al 16 de febrero de 2004 (fl. 90).

De acuerdo con la certificación en comento, el demandante prestó sus servicios como docente “ *...en el nivel básica secundaria y en la última fecha se desempeñaba como Coordinador o resoecto en el Colegio Departamental Simón Bolívar en el municipio de Soraca , jornada completa...*” (fl. 90).

Mediante escrito de 8 de junio de 2004 el señor Mora García solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios prestados como docente nacionalizado en el Departamento de Boyacá.

El 12 de noviembre de 2004 el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución No. 1238 negó el reconocimiento y pago de la pretendida prestación pensional, con el argumento de que el señor Jorge Isaías Mora García no cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985, régimen aplicable por cuanto no era beneficiario del régimen de transición previsto en la misma Ley (fls.15 y 16).

Del régimen jurídico aplicable al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales².

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

Dentro de los estatutos que se han aplicado se encuentran:

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

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

² Marco normativo expuesto por esta Sala, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia de febrero de 2011 , Exp No. 0058 -2006.

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

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

El Decreto Ley No. 3135 de 1968, disponía:

“Art. 27 El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio” (Derogado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985).

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

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

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la

excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

...

Parágrafo. 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

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

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

De su aplicación se exceptúan tres casos:

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

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

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

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

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

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

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

Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin en el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la ley 43 de 1975.

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

...

Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º 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 1º 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.”.

Luego se expidió la Ley 60 de 1993, que dispone en su artículo 6 que:

“...

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El

personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. ...”

De igual manera, La Ley 100 de 1993, en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social cuando precisó:

“Así mismo, se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”.

En esas condiciones, el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes nacionalizados de conformidad con los requisitos de la normatividad que le es aplicable.

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

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

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

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

El caso en estudio

Descendiendo al caso concreto y analizada la normatividad pertinente, el señor Jorge Isaías Mora García, fundamenta sus pretensiones en que, dada su condición de docente, le ampara un régimen pensional especial, y en consecuencia, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de conformidad con la normatividad vigente al momento de su vinculación esto es, la Ordenanza 2 de 1946 proferida por la Asamblea Departamental de Boyacá.

Observa la Sala, que dentro del expediente se encuentra acreditado que el demandante ostenta la calidad de docente nacionalizado el cual prestó sus servicios desde el 6 de marzo de 1978 razón por la cual, su situación particular se rige por el artículo 15 numeral 1 de la Ley 91 de 1989 en cuanto señala que, a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Bajo estos supuestos, el demandante mantiene el régimen vigente en la entidad territorial en la fecha en que formuló la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, esto es, el 8 de junio de 2004.

En consecuencia, el derecho pensional del señor Mora García se rige por lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, la cual estableció en el artículo 1 que el tiempo de servicio es de 20 años continuos o discontinuos y la edad es de 55 años.

No obstante, y como la Ley 33 de 1985 en el párrafo 2 de su artículo 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, contaran con 15 años de servicio, es necesario verificar si el actor cumplía el requisito de la transición.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta la certificación visible a folio 90 del expediente el señor Jorge Isaías Mora García ingresó a prestar sus servicios a partir del 6 de marzo de 1978, es decir, que para el 13 de febrero de 1985, fecha

en que entró a regir la citada Ley 33 de 1985 el accionante había cumplido 6 años, 11 meses y 8 días al servicio del Estado.

En estas condiciones, concluye la Sala que para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, el actor no contaba con más de 15 años de servicio oficial y por ello, su régimen pensional es el estipulado en la Ley 33 de 1985, conforme al cual se obtiene la pensión a partir de 55 años de edad y 20 años de servicio y no como pretende se reconozca bajo la normatividad expedida por la autoridad del ente territorial, la cual exigía la edad de 50 años y 20 años de servicios.

Bajo estos supuestos, y teniendo en cuenta que el demandante nació el 13 de mayo de 1952 y prestó sus servicios como docente entre el 6 de marzo de 1978 al 16 de febrero de 2004, estima la Sala que, el señor Mora García, al momento de presentar la solicitud de reconocimiento pensional, esto es, el 8 de junio de 2004, contaba con 52 años de edad y 26 años de servicio por lo que resulta evidente que al momento en que se realizó el pedimento ante el Fondo no cumplía a satisfacción con los requisitos previstos por el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

De acuerdo a las consideraciones que anteceden, estima la Sala que el demandante en el caso concreto tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, a partir del momento en que adquirió su estatus pensional, esto es el 13 de mayo de 2005, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, *“equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”*

La Sala verificó que el actor adquirió el status el 13 de mayo de 2005, fecha en la que cumplió 55 años de edad, por lo que es procedente que el actor solicite, si no lo ha hecho, a la entidad accionada el reconocimiento del derecho pensional a su favor a partir de la referida fecha, bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985.

Para la Sala es importante señalar, que sí bien en otras oportunidades y en aplicación del artículo 170 del C.C.A. ha dispuesto el reconocimiento pensional en los términos que legalmente le corresponden, es decir, ha anulado de manera parcial el acto demandado dentro de las acciones de lesividad o de nulidad y restablecimiento del derecho y reconoce la pensión en los términos que considera

legales, esta facultad no es posible ejercerla en el caso bajo estudio, porque la administración ante la petición de reconocimiento pensional se pronunció de manera negativa, y esta negativa como quedó visto, según el análisis aquí efectuado, era la decisión procedente. Adicionalmente la administración no ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente al reconocimiento con fundamento en el régimen que regula el derecho pensional del actor.

De otra parte, en el caso *sub examine*, a diferencia de los casos en que se demanda en ejercicio de la acción de lesivita o de nulidad y restablecimiento del derecho el acto de reconocimiento pensional, no hay lugar en virtud a lo establecido en el artículo 170 del C.C.A., a ordenar que se reconozca la pensión de jubilación del actor a partir de la fecha en la que adquirió el status, por cuanto la entidad accionada no ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente a dicha solicitud.

En este punto es dable precisar que para efectos de liquidar la prestación anterior, se dará aplicación a la tesis mayoritaria de la Sala, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010¹. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila según la cual, se deben tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Precisado lo anterior, y dada la insistencia del recurrente en que se reconociera su derecho pensional conforme a lo establecido en la Ordenanza 2 de 1946, la Sala reitera lo dicho por la Subsección en la sentencia de 8 de abril de 2010³, sobre los

¹ “El Consejero Gerardo Arenas Monsalve presentó salvamento de voto, considerando que no comparte el argumento de la mayoría de la Sala respecto de la no taxatividad de factores con base en los principios de “igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral” porque de lo que se trata es de aplicar la norma anterior que corresponda antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para efectos de determinar la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión y no la norma que resulte ser más favorable a quien se va a pensionar. Tampoco comparte la consideración de criterios de igualdad, porque cada régimen pensional tiene sus propias reglas sobre los factores de liquidación, de modo que no es posible unificarlos por razones de igualdad.

El principio de favorabilidad tampoco es aquí aplicable porque éste supone elegir entre dos normas potencialmente aplicables, mientras que en el régimen de transición la norma aplicable sólo puede ser la inmediatamente anterior y sólo esa, por cuanto la persona que se va a pensionar y que cumpla alguna de las condiciones del inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede escoger entre esta ley y el régimen anterior, pues dicho artículo es claro al señalar que los presupuestos de edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez “será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 08 de abril de 2010. Radicación: No. 150012331000200403115 01. Expediente: No. 1026-2008. Actora: María Martha del Carmen Molina

efectos del tránsito de legislación constitucional, destacando “que la jurisprudencia nacional ha señalado que la vigencia de la Constitución de 1991 no implicó la derogatoria tácita y en bloque de las normas constitucionales de 1886, en la medida en que tal derogatoria sólo opera cuando la ley o norma no consulta el espíritu de las nuevas disposiciones, evento en el cual estamos en presencia de una inconstitucionalidad sobreviniente, pues una norma que en su momento era constitucional se torna en inconstitucional en virtud de que contradice abierta y materialmente las normas del nuevo estatuto fundamental”.

“Esta figura, la de la inconstitucionalidad sobreviniente, es un claro desarrollo del artículo 9º de la Ley 153 de 1887 que establece que la Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente y toda disposición legal anterior a ella que sea claramente contraria a su letra ó a su espíritu se desechará como insubsistente.

Así mismo, acorde con la regla de aplicación inmediata del texto constitucional se entiende que la Constitución del 1991 se aplica con efecto inmediato y hacia el futuro, no solo a los hechos que tengan ocurrencia desde el momento de su promulgación, sino también a las situaciones jurídicas que estuvieren en tránsito de ejecución y que no se hubieren consolidado o concretado bajo la vigencia de la Constitución anterior, como ocurre en este evento en el que el derecho no se encontraba consolidado”

Finalmente, como lo se señaló en el fallo en comentario nuestro máximo tribunal contencioso⁴, el Estado no está obligado a mantener un régimen benéfico de forma permanente porque las instituciones y sus regulaciones deben adecuarse al orden social, cultural y económico que gobierna el momento, de manera que una prestación social no puede permanecer perenne y sólo ser modificada en lo favorable. Si bien deben respetarse los salarios y prestaciones que perciban quienes están vinculados al momento de la expedición del nuevo régimen, ello se hará, siempre y cuando estén amparados por la Constitución y la ley, o, siempre y cuando los derechos se encuentren consolidados para la entrada en vigencia del nuevo régimen.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de marzo de 2002, Actor Jairo Villegas Arbeláez, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemus Bustamante, expediente No. 1100103250199 00 (3305-00).

Corolario de lo expuesto, es dable concluir que en el caso concreto en el momento en que se pretende por la demandante se reconozca la pensión de jubilación de conformidad con lo dispuesto en la ordenanza No.2 de 1946, este acto dictado por la Asamblea a Departamental adolece de inconstitucionalidad por cuanto contradice abierta y materialmente las normas del nuevo estatuto fundamental

En consecuencia la sentencia apelada amerita ser confirmada porque se reitera que no se pueden reconocer emolumentos con base en preceptos que contrarían lo dispuesto por la Constitución y la Ley.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 9 de diciembre de 2009, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá, inaplicó por inconstitucional la ordenanza 02 de 1946 y negó las súplicas de la demanda presentada por el señor José Isaías Mora García contra la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ