

INDIVIDUALIZACION DE LAS PRETENSIONES - Acto administrativo revocado. Demanda de la última decisión

La decisión de la administración de negarle a la demandante la reliquidación de la prestación pensional que viene percibiendo se concretó en el primero de los actos administrativos antes referidos. Sin embargo, tal decisión fue revocada, por el segundo de los actos administrativos en cita, sin que tal circunstancia se satisficiera su pretensión tendiente a obtener la reliquidación de su prestación pensional con inclusión de la totalidad de los factores devengados en el último año en que prestó sus servicios como docente oficial. Así las cosas, se advierte que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, el acto administrativo vigente que contiene una decisión de la administración frente a la que la señora Luz Nidia Olarte Mateus estima lesionados sus derechos es la Resolución No. 03250 de 25 de septiembre de 2009, razón por la cual, la Sala únicamente entrará a estudiar la legalidad de éste acto administrativo y, en consecuencia, se declarará inhibida para conocer de la Resolución No. 00277 de 2 de febrero de 2009, toda vez que con su revocatoria, en sede de la vía gubernativa, sus efectos desaparecieron del mundo jurídico.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 138

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FONDO NACIONAL DEL MAGISTERIO – Reajuste de pensión de docente oficial

No hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989. Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “Las prestaciones sociales que **pagará** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán **reconocidas** por el citado Fondo.”. Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma dado que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener el reajuste de la prestación pensional que viene percibiendo, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados. Lo anterior, permite declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 279 / LEY 91 DE 1989 – ARTICULO 5 / LEY 43 DE 1975 - ARTICULO 8 / DECRETO 1775 DE 1990 / LEY 962 DE 2005 – ARTICULO 56 / DECRETO 2831 DE 2005

PENSION DE JUBILACION DOCENTE - Aplicación del régimen general de la administración pública

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 de 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".

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 / DECRETO 3135 DE 1968 / LEY 33 DE 1985 / LEY 2277 DE 1979 / LEY 91 DE 1989 / LEY 60 DE 1993 / LEY 100 DE 1993

PENSION DE JUBILACION DOCENTE - Factores. No taxatividad

Concluye la Sala que para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, la actora no contaba con más de 15 años de servicio oficial y por ello, su régimen pensional es el estipulado en la Ley 33 de 1985, tal como lo estimó el Tribunal en la sentencia apelada. Ahora bien, en relación con la liquidación de la referida prestación pensional estima la Sala que la señora Luz Nidia Olarte Mateus tenía derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, a partir del momento en que adquirió su estatus pensional, esto es, el 27 de enero de 2004, fecha en la que cumplió 55 años de edad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio." Para efectos de liquidar la prestación anterior, el Tribunal dio aplicación a la tesis mayoritaria de la Sala, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010, Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila según la cual, se debían tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicio, entre ellos, las primas de alimentación, especial, de vacaciones y navidad, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12)

Actor: LUZ NIDIA OLARTE MATEUS

Demandado: FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 13 de octubre de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió a las súplicas de la demanda presentada por LUZ NIDIA OLARTE MATEUS contra la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ANTECEDENTES

Luz Nidia Olarte Mateus, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los siguientes actos administrativos: Resolución No. 00277 de 2 de febrero de 2009, suscrita por la Subsecretaria de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante la cual negó el reajuste de la pensión de jubilación que venía percibiendo y Resolución No. 03250 de 25 de septiembre de 2009, por la cual la Subsecretaria de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá revocó la Resolución No., 00277 de 2009 y, en su lugar, se ordenó el reajuste la referida prestación pensión pensional en cuantía de \$ 1.256.164.00.

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 reliquidar la pensión de jubilación que viene percibiendo con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al momento en que adquirió su estatus pensional.

Así mismo, pidió que las entidades demandadas se abstengan de efectuar descuentos sobre las mesadas pensionales reajustadas por concepto de aportes en seguridad social en salud y, que, en consecuencia se ordene el reintegro de los valores que efectivamente han sido descontados desde que adquirió el estatus pensional y hasta el pago de la primera mesada.

Finalmente solicitó que la sentencia se cumpla dentro de los términos y condiciones establecidas en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Fundamenta las pretensiones en los siguientes hechos:

Se sostuvo en la demanda que, la señora Luz Nidia Olarte Mateus al prestar sus servicios como docente oficial le fue reconocida, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, una prestación pensional de jubilación de acuerdo a lo establecido en la Ley 91 de 1989.

Se indicó que, al momento de liquidar la referida prestación pensional el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional.

Manifestó que, al momento en que se dispuso el pago de la primera mesada se ordenó el descuento por concepto de aportes "a EPS" sin tener en cuenta que durante ese período nunca recibió servicios asistenciales en salud que hubieran justificado el referido descuento.

Teniendo en cuenta lo anterior, la demandante solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la reliquidación de la pensión de jubilación que viene percibiendo con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del su estatus pensional, esto es, del 28 de enero de 2003 al 27 de enero de 2004.

El 2 de febrero de 2009, mediante Resolución No. 00277, la Subsecretaria de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá negó la referida solicitud argumentando que: "(...) De acuerdo con la solicitud de inclusión de todos los factores salariales en la liquidación de la pensión de jubilación, se procedió a elaborar el proyecto de acto administrativo por el cual se ajusta la resolución 3940 del 30/09/2004 el cual se liquidó sobre los factores salariales que aportó para seguridad social, por la suma de \$1.417.362.00 efectivamente a partir del 28/01/2004, proyecto que fue remitido a la fiduciaria la Previsora S.A., para su aprobación (...).".

Contra la anterior decisión la demandante, en su oportunidad, formuló recurso de reposición el cual fue resuelto por la Subsecretaria de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá revocando la Resolución No. 00277 de 2009 y, en su lugar, ordenando reliquidar la prestación pensional de la señora Luz Nidia Olarte Mateus en cuantía de \$ 1.256.164.00.

No obstante lo anterior, precisó la demandante que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no ha reliquidado su pensión de jubilación conforme lo establece la normatividad vigente, esto es, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional lo que, en la práctica, se traduce en una vulneración manifiesta sus derechos fundamentales a la vida digna y el mínimo vital y móvil, entre otros.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53 y 228.

De la Ley 91 de 1989, el artículo 15.

De la Ley 4 de 1992, el artículo 2.

De la Ley 812 de 2003, el artículo 81.

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que los actos acusados desconocen el derecho que la Constitución Política de 1991 consagró a favor de las personas de la tercera edad, esto es, a disfrutar de una prestación económica que les permitiera satisfacer sus necesidades básicas al momento en que, por razón de su edad, fuera necesario su retiro del servicio.

Precisó que la señora Luz Nidia Olarte Mateus en su condición de docente oficial, con más de 20 años de servicios continuos, tenía derecho al reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación, en cuya liquidación debieron tenerse en cuenta la totalidad de los factores percibidos en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional, y no como lo hizo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con exclusión de varios factores efectivamente pagados.

Finalmente, manifestó que la circunstancia de que la pensión que viene percibiendo la demandante no hubiera sido liquidada teniendo en cuenta la totalidad de los factores percibidos en el último año previo a la adquisición de su estatus pensional, constituye un claro enriquecimiento sin causa a favor de la administración, en desmedro de la protección que el artículo 53 de la Constitución Política y la Ley 91 de 1989 contempla a favor de los docentes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 50 a 59):

Sostuvo en primer lugar que, es la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá quien en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 le corresponde el pago de las prestaciones sociales reclamadas por el actor razón por la cual, en el caso concreto se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio quien hoy no tiene la competencia para ordenar y pagar las distintas prestaciones sociales causadas por los docentes oficiales.

No obstante lo anterior, sostuvo que a partir de la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 2005 la liquidación de las prestaciones pensionales únicamente podrán tener en cuenta los factores sobre los cuales se hubiere efectuado las correspondientes cotizaciones.

Así las cosas, precisó que bajo ninguna interpretación era procedente ordenar la liquidación o reajuste de la pensión reconocida a la señora Luz Nidia Olarte Mateus con inclusión de factores salariales distintos a los efectivamente devengados y sobre los que se calculó el ingreso base de cotización durante el tiempo que prestó sus servicios.

Manifestó que, aun cuando la Secretaría de Educación de Bogotá certificó que la señora Luz Nidia Olarte Mateus devengó como factores salariales la prima de alimentación, de vacaciones y navidad, éstos no podían ser tenidos en cuenta para efectos de establecer el ingreso base de liquidación de su prestación pensional dado que, sobre los mismos, no se registra cotización o aporte alguno tal como lo ordenaba el Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente sostuvo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 debía efectuarse sobre las mesadas pensionales pagadas a la demandante el descuento correspondiente en salud para efectos de contribuir al sostenimiento de los gastos que implica la prestación del referido servicio asistencial, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-369 de 2004.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió a las súplicas de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se resumen (fls.108 a 139):

Manifestó en primer lugar que, si bien es cierto con la expedición de la Ley 962 de 2005 se racionalizaron algunos trámites y procedimientos ante las entidades públicas no existía duda de que era el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, a quien le correspondía pagar las prestaciones pensionales de los docentes oficiales por lo que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva no estaba llamada a prosperar.

Sostuvo que, la Ley 33 de 1985, por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, estableció en su artículo 1 que el empleado oficial que haya servido 20 años y llegara a la edad de 55 años tendría derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio devengado que sirvió de base para efectuar los aportes durante el último año de servicio.

Precisó el Tribunal que, en punto de los aportes, el artículo 3 de la referida Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispuso los factores a tener en cuenta para efectos de liquidar una pensión de jubilación. No obstante lo anterior, en relación con la interpretación del referido artículo, indicó el Tribunal, que se han presentado dos interpretaciones, la primera de ellas le atribuye al listado de factores previstos en el artículo 1 ibídem un carácter taxativo, mientras que la otra interpretación sostiene que el referido listado de factores tiene un

carácter enunciativo por lo que al momento de liquidar una pensión de jubilación de un servidor público deben tenerse en cuenta la totalidad de los devengados.

No obstante lo anterior, indicó que el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento unificó su jurisprudencia en torno a la interpretación del artículo 1 de la Ley 62 de 1985 al precisar que, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formas y favorabilidad, el listado de factores previstos en el artículo 1 ibídem resultaba ser enunciativo lo que no impedía la inclusión de otros factores devengados por el trabajador durante el último año de servicio.

Así las cosas, concluyó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no liquidó en forma correcta la pensión de jubilación que viene percibiendo la señora Luz Nidia Olarte Mateus, al omitir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, entre los que se cuentan las primas de alimentación, especial, de vacaciones y de navidad, lo que hacía necesario declarar la nulidad de los actos administrativos acusados y en consecuencia acceder a las pretensiones de la demanda.

EL RECURSOS DE APELACIÓN

El Ministerio de Educación Nacional interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con base en los argumentos que se pasan a resumir (fls. 141 a 144):

Señaló que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 y decretos reglamentarios es la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. y, eventualmente, la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quienes debieron ser vinculados al presente proceso con el fin de que respondieran por la reliquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida a la demandante en su condición de docente oficial.

Precisó que, es la autoridad que expide los actos acusados quien debe concurrir al proceso para defender la legalidad de los mismos o, en su defecto, hacer efectivo

el restablecimiento del derecho de la demandante, en el caso de que, como lo determinó el Tribunal, tenga derecho a la reliquidación de la pensión que viene percibiendo.

Bajo estos supuestos solicitó que se revocara la decisión de primera instancia y, en consecuencia, se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Se trata de determinar si en el presente caso le corresponde a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de jubilación que viene percibiendo la señora Luz Nidia Olarte Mateus como docente oficial del Distrito de Bogotá, de acuerdo con lo previsto en la Ley 33 y 62 de 1985.

Cuestión previa

Advierte la Sala que la proposición jurídica formulada por la señora Luz Nidia Olarte Mateus en el caso concreto está integrada por las Resoluciones Nos. 00277 de 2 de febrero de 2009 y 03250 de 25 de septiembre de 2009, mediante las cuales la Subsecretaria de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá, en primer lugar, negó el reajuste de la pensión de jubilación que venía percibiendo y, con posterioridad, al resolver un recurso de reposición formulado en su contra revocó dicha decisión ordenando en consecuencia el reajuste la referida prestación pensión pensional en cuantía de \$ 1.256.164.00.

No obstante lo anterior, y en relación con este punto, la Sala no pasa por alto que el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, dispone que si el acto administrativo que pone fin a una actuación administrativa ha sido revocado, en sede de la vía gubernativa, el interesado, esto es, quien se crea lesionado en un derecho con tal decisión debe solicitar ante esta jurisdicción la nulidad únicamente de la última decisión. Así se observa en la citada norma:

“ARTICULO 138. INDIVIDUALIZACION DE LAS PRETENSIONES.
Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren.“.

Bajo estos supuestos, estima la Sala que teniendo en cuenta que en el caso bajo examen el acto administrativo que puso fin a, la actuación administrativa que negó a la demandante la reliquidación de la pensión de jubilación que vienen devengando, Resolución No. 00277 de 2 de febrero de 2009, fue revocado por la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá, en sede de la vía gubernativa, mediante Resolución No. 03250 de 25 de septiembre de 2009, es éste último acto el que la señora Luz Nidia Olarte Mateus debió demandar a través de la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, la decisión de la administración de negarle a la demandante la reliquidación de la prestación pensional que viene percibiendo se concretó en el primero de los actos administrativos antes referidos. Sin embargo, tal decisión fue revocada, por el segundo de los actos administrativos en cita, sin que tal circunstancia per se satisficiera su pretensión tendiente a obtener la reliquidación de su prestación pensional con inclusión de la totalidad de los factores devengados en el último año en que prestó sus servicios como docente oficial.

Así las cosas, se advierte que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, el acto administrativo vigente que contiene una decisión de la administración frente a la que la señora Luz Nidia Olarte Mateus estima lesionados sus derechos es la Resolución No. 03250 de 25 de septiembre de 2009, razón por la cual, la Sala únicamente

entrará a estudiar la legalidad de éste acto administrativo y, en consecuencia, se declarará inhibida para conocer de la Resolución No. 00277 de 2 de febrero de 2009, toda vez que con su revocatoria, en sede de la vía gubernativa, su efectos desaparecieron del mundo jurídico.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, la Sala entrará a estudiar la legalidad de la Resolución No. 03250 de 25 de septiembre de 2009, bajo las siguientes consideraciones.

De la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva

Sostiene el Ministerio de Educación Nacional, en el recurso de apelación, que contrario a lo afirmado por el Tribunal, es la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá a quien, en virtud de lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 le correspondía comparecer al presente proceso con el fin de responder a los cuestionamientos formulados por la señora Luz Nidia Olarte Mateus contra los actos administrativos que le negaron la reliquidación pensional conforme lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

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

No obstante lo anterior, el artículo 279 de la citada Ley 100 de 1993 exceptúa de su aplicación unos regímenes especiales de seguridad social, entre los que se encuentran el de los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y el de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Lo anterior, en atención a la trascendencia social que envuelven las funciones que desarrollan.

En efecto, el legislador mediante la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad entre otras, es el pago de las

prestaciones sociales a sus afiliados, esto es, de los docentes. Así se observa en el artículo 5 ibídem:

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

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.

2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.

3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.

4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.

5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.”.

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

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

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

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

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.

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

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

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

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

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

No obstante lo anterior, en relación con este mismo punto, el Congreso de la República mediante el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debía ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

Así se lee en la citada norma:

“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.”.

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

“Artículo 2°.Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus

veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

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

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

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

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

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

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

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de

los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

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

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

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

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

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

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 vigente¹.

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 petionario, 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 simplificar² 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.”.

Descendiendo al caso concreto, se observa que mediante Resolución No. 00277 de 2 de febrero de 2009 la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., actuando en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la solicitud de la demandante tendiente a obtener la reliquidación de la pensión de jubilación que viene percibiendo, en los siguientes términos:

¹ En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

² 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.”.

**“(…) SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTA D.C.
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO**

RESOLUCIÓN No. 00277 DE 02 DE FEBRERO DE 2009

“Por la cual se niega una revisión de una Pensión Vitalicia de Jubilación”

La Subsecretaria de gestión de la Secretaria de Educación de Bogotá D.C., en nombre y representación de la NACIÓN – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades legales y en especial las que le confiere la Resolución No. 4305 de 2008 y,

CONSIDERANDO

Que el artículo 56 de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, racionalizo los trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, determinando que 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 vinculado el docente. Así mismo, estableció que el acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del secretario de Educación de la entidad territorial.

Que en virtud a lo establecido en el artículo 211 de la Constitución Política y el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, el Secretario de Educación de Bogotá D.C., mediante Resolución No. 4305 del 4 de noviembre de 2008, delegó en la Subsecretaria de Gestión Institucional de la Secretaria de Educación de Bogotá., D.C., la elaboración y suscripción de los actos administrativos que resuelva peticiones socio-económicas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previa aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo.

Que mediante radicación 2008-PENS-013080 del 05/09/2008 la Doctora MARTHA INES PUENTES GALLO (...) actuando como apoderada y en representación de la docente LUZ NIDIA OLARTE MATEUS (...) solicita la revisión de la pensión de jubilación, debido a que no se tuvo en cuenta todos los factores salariales en el reconocimiento de la pensión de jubilación. (...)

Que la entidad fiduciaria, para efectos de otorgar la aprobación, interpreta el contenido del artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, en el sentido de tomar como factores salariales en la liquidación para las prestaciones causadas a partir del 23 de diciembre de 2003, la

asignación básica y sobresueldo para el caso de los directivos docentes (Decretos 688 de 2002 y 3621 de 2003.(...))

Que mediante oficio 2008EE111337 del 24/12/2008, la fiduciaria la Previsora S.A., devuelve algunos expedientes, dentro de los cuales se encuentra el de la señora LUZ NIDIA OLARTE MATEUS, (...) en donde con hoja de liquidación No. 801813, con fecha de estudio 20/11/2008, niega la prestación.

Que con base en los considerandos anteriormente expuestos es procedente negar la solicitud de revisión de pensión vitalicia de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales de la señora LUZ NIDIA OLARTE MATEUS (...). (fls. 3 a 4, cuaderno No.1).

La anterior Resolución fue revocada por la Subsecretaria de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., al resolver un recurso de reposición formulado en su contra, en los siguientes términos (fls. 6 a 10, cuaderno No. 1):

**“(...) SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D.C.
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO**

RESOLUCIÓN No. 03250 DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2009

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

La Subsecretaria de Gestión de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., en nombre y representación de la NACIÓN – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades legales y en especial las que le confiere la Resolución No. 4305 de 2008 y,

Que mediante escrito radicado bajo el No. E-2008-038829 de 20 de febrero de 2009, la doctora Martha Inés Puentes Gallo (...) en nombre y representación de la señora Luz Nidia Olarte Mateus (...) interpuso recurso de reposición dentro del término legal contra la resolución No. 00277 del 2 de febrero de 2009, por medio de la cual se niega la revisión de una pensión vitalicia de jubilación.

PARA DECIDIR SE CONSIDERA

Que por Resolución No. 03940 del 30 de septiembre de 2004, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la docente Luz Nidia Olarte Mateus (...) por un valor de 1.251.611.00 a partir del 28 de enero de 2004.

Que mediante resolución No. 00277 del 2 de febrero de 2009, se niega una revisión de pensión vitalicia de jubilación a la docente Luz Nidia Olarte Mateus (..) por no ser procedente un ajuste por factores salariales.

Que en el certificado de salarios y tiempos de servicios E-2008-122022 del 12 de agosto de 2008, expedido por el Jefe del Grupo de Certificaciones Laborales y anexo al expediente, se certifica el incremento salarial para el año 2004.

Que al no realizar el reajuste por incremento salarial para el año 2004, se causó un perjuicio a la señora Luz Nidia Olarte Mateus.

Que si bien, no procede un ajuste de la pensión reconocida a la recurrente por factores salariales, debe accederse a realizar un reajuste por incremento salarial para el año 2004. (...).” (fls. 6 a 10, cuaderno No.1).

De lo anterior se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece la docente peticionaria se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debía aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, **en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones.**

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

Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de

Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “Las prestaciones sociales que **pagará** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán **reconocidas** por el citado Fondo.”.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma dado que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener el reajuste de la prestación pensional que viene percibiendo, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados. Lo anterior, permite declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y entrar al fondo del presente asunto, bajo las siguientes consideraciones.

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

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

Dentro de los estatutos que se han aplicado se encuentran:

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

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

...

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

En principio esta ley rigió para los empleados del sector público nacional y del sector privado, que luego se extendió al territorial. En materia de jubilación, esta

ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968. Para los servidores territoriales fue subrogada por la Ley 33 de 1985.

El Decreto Ley No. 3135 de 1968, disponía:

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

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

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

La Ley 33 de 1985, establece:

“Art. 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

...

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

disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

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

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

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

De su aplicación se exceptúan tres casos:

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

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

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

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

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

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

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

Personal Territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin 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.”.

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

“...

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

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

“Así mismo, se exceptúan a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de

1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración...”.

En esas condiciones, si el régimen de seguridad social en materia de pensión de vejez (que reemplaza a la antigua pensión de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación – derecho e invalidez de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior que no es otro que el de la Ley 33 de 1985, con el régimen de transición aplicable restrictivamente.

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

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

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

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

Del caso concreto

Descendiendo al caso concreto y analizada la normatividad pertinente, la señora Luz Nidia Olarte Mateus, fundamenta sus pretensiones en que, dada su condición de docente, le amparaba un régimen pensional especial y en consecuencia le asistía el derecho a percibir una pensión de jubilación cuya liquidación debía tener en cuenta la totalidad de factores percibidos en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio.

Observa la Sala que, dentro del expediente se encuentra acreditado que la demandante ostenta la calidad de docente nacionalizada la cual prestó sus servicios desde el 28 de junio de 1983 razón por la cual, su situación particular se rige por el artículo 15 numeral 1 de la Ley 91 de 1989 en cuanto señala que, a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes (fl. 23).

En materia de pensión de jubilación, en consecuencia, no hay duda de que a la señora Luz Nidia Olarte Mateus le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual estableció en el artículo 1 que el tiempo de servicio es de 20 años continuos o discontinuos y la edad es de 55 años.

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

Teniendo en cuenta la certificación visible a folio 23 del expediente la señora Luz Nidia Olarte Mateus ingresó a prestar sus servicios a partir del 28 de junio de 1983, es decir, que para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró a regir la citada Ley 33 de 1985, la accionante había cumplido 1 año y 8 meses de servicio como docente.

En estas condiciones, concluye la Sala que para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, la actora no contaba con más de 15 años de servicio oficial y por ello, su régimen pensional es el estipulado en la Ley 33 de 1985, tal como lo estimó el Tribunal en la sentencia apelada.

Ahora bien, en relación con la liquidación de la referida prestación pensional estima la Sala que la señora Luz Nidia Olarte Mateus tenía derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, a partir del momento en que adquirió su estatus pensional, esto es, el 27 de enero de 2004, fecha en la que cumplió 55 años de edad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985,

“equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”.

Para efectos de liquidar la prestación anterior, el Tribunal dio aplicación a la tesis mayoritaria de la Sala, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010³. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila según la cual, se debían tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicio, entre ellos, las primas de alimentación, especial, de vacaciones y navidad, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse (fls. 22).

Finalmente, debe decirse que hay lugar a declarar prescritas las diferencias, producto de la reliquidación ordenada sobre la pensión que viene percibiendo la demandante, toda vez que, la citada prestación le fue reconocida el 28 de enero de 2004 y su solicitud de reliquidación fue formulada el 5 de septiembre de 2008 (fls. 3 a 4 y 12 a 14).

Por consiguiente, la Sala confirmará y adicionará la sentencia de 13 de octubre de 2011, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda formulada por la señora Luz Nidia Olarte Mateus contra la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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,

³ “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”*. En el presente caso no obstante, debe darse aplicación a la tesis mayoritaria de la Sala.

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 13 de octubre de 2011 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió a las súplicas de la demanda formulada por la señora Luz Nidia Olarte Mateus contra la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la siguiente adición.

ADICIÓNASE la sentencia en el sentido de que la Sala se declara inhibida para pronunciarse sobre la legalidad de la Resolución No. 00277 de 2 de febrero de 2009, suscrita por la Subsecretaria de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá, mediante la cual se negó el reajuste de la pensión de jubilación que viene percibiendo la demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Referencia: 1048-2012 – pensión docente

Actor: LUZ NIDIA OLARTE MATEUS

Contra: la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

HECHOS: Se sostuvo en la demanda que, la señora Luz Nidia Olarte Mateus al prestar sus servicios como docente oficial le fue reconocida, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, una prestación pensional de jubilación de acuerdo a lo establecido en la Ley 91 de 1989.

Se indicó que, al momento de liquidar la referida prestación pensional el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional.

Manifestó que, al momento en que se dispuso el pago de la primera mesada se ordenó el descuento por concepto de aportes “a EPS” sin tener en cuenta que durante ese período nunca recibió servicios asistenciales en salud que hubieran justificado el referido descuento.

Teniendo en cuenta lo anterior, la demandante solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la reliquidación de la pensión de jubilación que viene percibiendo con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del su estatus pensional, esto es, del 28 de enero de 2003 al 27 de enero de 2004.

El 2 de febrero de 2009, mediante Resolución No. 00277, la Subsecretaria de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá negó la referida solicitud.

Contra la anterior decisión la demandante, en su oportunidad, formuló recurso de reposición el cual fue resuelto por la Subsecretaria de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá revocando la Resolución No. 00277 de 2009 y, en su lugar, ordenando reliquidar la prestación pensional de la señora Luz Nidia Olarte Mateus en cuantía de \$ 1.256.164.00.

No obstante lo anterior, precisó la demandante que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no ha reliquidado su pensión de jubilación conforme lo establece la normatividad vigente, esto es, con la inclusión de la

totalidad de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición de su estatus pensional lo que, en la práctica, se traduce en una vulneración manifiesta sus derechos fundamentales a la vida digna y el mínimo vital y móvil, entre otros.

PRIMERA INSTANCIA: (accede a las pretensiones) Manifestó en primer lugar que, si bien es cierto con la expedición de la Ley 962 de 2005 se racionalizaron algunos trámites y procedimientos ante las entidades públicas no existía duda de que era el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, a quien le correspondía pagar las prestaciones pensionales de los docentes oficiales por lo que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva no estaba llamada a prosperar.

Sostuvo que, la Ley 33 de 1985, por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, estableció en su artículo 1 que el empleado oficial que haya servido 20 años y llegara a la edad de 55 años tendría derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario promedio devengado que sirvió de base para efectuar los aportes durante el último año de servicio.

Precisó el Tribunal que, en punto de los aportes, el artículo 3 de la referida Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispuso los factores a tener en cuenta para efectos de liquidar una pensión de jubilación. No obstante lo anterior, en relación con la interpretación del referido artículo, indicó el Tribunal, que se han presentado dos interpretaciones, la primera de ellas le atribuye al listado de factores previstos en el artículo 1 ibídem un carácter taxativo, mientras que la otra interpretación sostiene que el referido listado de factores tiene un carácter enunciativo por lo que al momento de liquidar una pensión de jubilación de un servidor público deben tenerse en cuenta la totalidad de los devengados.

No obstante lo anterior, indicó que el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento unificó su jurisprudencia en torno a la interpretación del artículo 1 de la Ley 62 de 1985 al precisar que, en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formas y favorabilidad, el listado de factores previstos en el artículo 1 ibídem resultaba ser enunciativo lo que no impedía la inclusión de otros factores devengados por el trabajador durante el último año de servicio.

Así las cosas, concluyó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no liquidó en forma correcta la pensión de jubilación que viene percibiendo la señora Luz Nidia Olarte Mateus, al omitir la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicio, entre los que se cuentan las primas de alimentación, especial, de vacaciones y de navidad, lo que hacía necesario declarar la nulidad de los actos administrativos acusados y en consecuencia acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN: (entidad demandada) Señaló que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 y decretos reglamentarios es la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. y, eventualmente, la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quienes debieron ser vinculados al presente proceso con el fin de que respondieran por la reliquidación de la pensión de jubilación que le fue reconocida a la demandante en su condición de docente oficial.

Precisó que, es la autoridad que expide los actos acusados quien debe concurrir al proceso para defender la legalidad de los mismos o, en su defecto, hacer efectivo el restablecimiento del derecho de la demandante, en el caso de que, como lo determinó el Tribunal, tenga derecho a la reliquidación de la pensión que viene percibiendo.

Bajo estos supuestos solicitó que se revocara la decisión de primera instancia y, en consecuencia, se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PROYECTO: confirma y adiciona por lo siguiente:

Cuestión previa. Advierte la Sala que la proposición jurídica formulada por la señora Luz Nidia Olarte Mateus en el caso concreto está integrada por las Resoluciones Nos. 00277 de 2 de febrero de 2009 y 03250 de 25 de septiembre de 2009, mediante las cuales la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá, en primer lugar, negó el reajuste de la pensión de jubilación que venía percibiendo y, con posterioridad, al resolver un recurso de reposición formulado en su contra revocó dicha decisión ordenando en consecuencia el reajuste la referida prestación pensión pensional en cuantía de \$ 1.256.164.00.

No obstante lo anterior, y en relación con este punto, la Sala no pasa por alto que el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, dispone que si el acto administrativo que pone fin a una actuación administrativa ha sido revocado, en sede de la vía gubernativa, el interesado, esto es, quien se crea lesionado en un derecho con tal decisión debe solicitar ante esta jurisdicción la nulidad únicamente de la última decisión.

Bajo estos supuestos, estima la Sala que teniendo en cuenta que en el caso bajo examen el acto administrativo que puso fin a, la actuación administrativa que negó a la demandante la reliquidación de la pensión de jubilación que vienen devengando, Resolución No. 00277 de 2 de febrero de 2009, fue revocado por la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá, en sede de la vía gubernativa, mediante Resolución No. 03250 de 25 de septiembre de 2009, es éste último acto el que la señora Luz Nidia Olarte Mateus debió demandar a través de la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, la decisión de la administración de negarle a la demandante la reliquidación de la prestación pensional que viene percibiendo se concretó en el primero de los actos administrativos antes referidos. Sin embargo, tal decisión fue revocada, por el segundo de los actos administrativos en cita, sin que tal circunstancia per se satisficiera su pretensión tendiente a obtener la reliquidación de su prestación pensional con inclusión de la totalidad de los factores devengados en el último año en que prestó sus servicios como docente oficial.

Así las cosas, se advierte que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, el acto administrativo vigente que contiene una decisión de la administración frente a la que la señora Luz Nidia Olarte Mateus estima lesionados sus derechos es la Resolución

No. 03250 de 25 de septiembre de 2009, razón por la cual, la Sala únicamente entrará a estudiar la legalidad de éste acto administrativo y, en consecuencia, se declarará inhibida para conocer de la Resolución No. 00277 de 2 de febrero de 2009, toda vez que con su revocatoria, en sede de la vía gubernativa, su efectos desaparecieron del mundo jurídico.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, la Sala entrará a estudiar la legalidad de la Resolución No. 03250 de 25 de septiembre de 2009, bajo las siguientes consideraciones.

De la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. Sostiene el Ministerio de Educación Nacional, en el recurso de apelación, que contrario a lo afirmado por el Tribunal, es la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá a quien, en virtud de lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 le correspondía comparecer al presente proceso con el fin de responder a los cuestionamientos formulados por la señora Luz Nidia Olarte Mateus contra los actos administrativos que le negaron la reliquidación pensional conforme lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

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

No obstante lo anterior, el artículo 279 de la citada Ley 100 de 1993 exceptúa de su aplicación unos regímenes especiales de seguridad social, entre los que se encuentran el de los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y el de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Lo anterior, en atención a la trascendencia social que envuelven las funciones que desarrollan.

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

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

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

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

No obstante lo anterior, en relación con este mismo punto, el Congreso de la República mediante el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debía ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

Así se lee en la citada norma: **“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.”.

El anterior trámite fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, (se transcribe parcialmente en el proyecto).

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 petionario, 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 vigente.

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 petionario, 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 simplificar 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.”.

Descendiendo al caso concreto, se observa que mediante Resolución No. 00277 de 2 de febrero de 2009 la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., actuando en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la solicitud de la demandante tendiente a obtener la reliquidación de la pensión de jubilación que viene percibiendo.

La anterior Resolución fue revocada por la Subsecretaria de Gestión Institucional de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., al resolver un recurso de reposición formulado en su contra, en los siguientes términos (se transcribe Resolución No. 03250 de 2009).

De lo anterior se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece la docente peticionaria se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debía aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, **en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones.**

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

Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “Las prestaciones sociales que **pagará** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán **reconocidas** por el citado Fondo.”.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte demandada, estima la Sala que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma dado que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C., a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener el reajuste de la prestación pensional que viene percibiendo, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados. Lo anterior, permite declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y entrar al fondo del presente asunto, bajo las siguientes consideraciones.

Del caso concreto. Descendiendo al caso concreto y analizada la normatividad pertinente, la señora Luz Nidia Olarte Mateus, fundamenta sus pretensiones en que, dada su condición de docente, le amparaba un régimen pensional especial y en consecuencia le asistía el derecho a percibir una pensión de jubilación cuya liquidación debía tener en cuenta la totalidad de factores percibidos en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio.

Observa la Sala que, dentro del expediente se encuentra acreditado que la demandante ostenta la calidad de docente nacionalizada la cual prestó sus servicios desde el 28 de junio de 1983 razón por la cual, su situación particular se rige por el artículo 15 numeral 1 de la Ley 91 de 1989 en cuanto señala que, a los docentes que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes (fl. 23).

En materia de pensión de jubilación, en consecuencia, no hay duda de que a la señora Luz Nidia Olarte Mateus le es aplicable la Ley 33 de 1985, la cual estableció en el artículo 1 que el tiempo de servicio es de 20 años continuos o discontinuos y la edad es de 55 años.

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

Teniendo en cuenta la certificación visible a folio 23 del expediente la señora Luz Nidia Olarte Mateus ingresó a prestar sus servicios a partir del 28 de junio de 1983, es decir, que para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró a regir la citada Ley 33 de 1985, la accionante había cumplido 1 año y 8 meses de servicio como docente.

En estas condiciones, concluye la Sala que para el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, la actora no contaba con más de 15 años de servicio oficial y por ello, su régimen pensional es el estipulado en la Ley 33 de 1985, tal como lo estimó el Tribunal en la sentencia apelada.

Ahora bien, en relación con la liquidación de la referida prestación pensional estima la Sala que la señora Luz Nidia Olarte Mateus tenía derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, a partir del momento en que adquirió su estatus pensional, esto es, el 27 de enero de 2004, fecha en la que cumplió 55 años de edad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, “equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”.

Para efectos de liquidar la prestación anterior, la Sala considera acertada la decisión del Tribunal en cuanto dio aplicación a la tesis mayoritaria de la Sala, adoptada en sentencia de 4 de agosto de 2010. Rad. 0112-2009. M.P. Víctor Alvarado Ardila según la cual, se debían tener en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicio, entre ellos, las primas de alimentación, especial, de vacaciones y navidad, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse (fls. 22). (a pie de página se consignan motivos del salvamento de voto del Despacho).

Finalmente, debe decirse que hay lugar a declarar prescritas las diferencias, producto de la reliquidación ordenada sobre la pensión que viene percibiendo la demandante, toda vez que, la citada prestación le fue reconocida el 28 de enero de 2004 y su solicitud de reliquidación fue formulada el 5 de septiembre de 2008 (fls. 3 a 4 y 12 a 14).

Por consiguiente, la Sala confirmará y adicionará la sentencia de 13 de octubre de 2011, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda formulada por la señora Luz Nidia Olarte Mateus contra la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Proyectó: Hernán Guzmán
Revisó: Dra. Elizabeth Becerra

