

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

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006).
CONSEJERO PONENTE: DR. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE
REF: EXPEDIENTE No. 880012331000200300029 01.
No. INTERNO 1122-2005.
AUTORIDADES NACIONALES.
ACTOR: MARIANO OSPINA GOMEZ SJOGREEN.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 26 de agosto de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por MARIANO OSPINA GOMEZ SJOGREEN contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos.034 de 10 de mayo de 1999, 060 de 6 de agosto de 1999, 152 de 28 de octubre de 2002 y 164 de 30 de diciembre de 2002, proferidas por el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por medio de las cuales se le negó al actor el derecho a disfrutar de una pensión ordinaria de jubilación.

Igualmente, la nulidad de las actas de liquidación de prestaciones sociales del magisterio elaboradas como consecuencia del estudio realizado por el Ministerio de Educación Nacional y las entidades territoriales ante la entidad de previsión respecto al supuesto régimen legal aplicable a los docentes nacionalizados del Departamento de San Andrés Islas, en todo lo que viola los derechos adquiridos.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento solicitó condenar a la entidad demandada a reconocerle y pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al 75% de los salarios, con todos los factores, devengados en el último año de servicio, junto con las mesadas pensionales y los reajustes de ley, desde la fecha de adquisición del status de pensionado, los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor, como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A., los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia, dando cumplimiento a la misma en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El actor se vinculó a la docencia en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Isla, como profesor de secundaria del Instituto Bolivariano, desde el 28 de mayo de 1969. Renunció a su cargo el 1º de agosto de 1980. Laboró desde el 1º de febrero de 1981 hasta el 17 de julio de 1984, en el Instituto Técnico central de Bogotá. Fue nombrado rector del Instituto Bolivariano Académico diurno desde el 18 de julio de 1984.

Nació el 8 de agosto de 1947 y por ende cumplió 50 años de edad el 8 de agosto de 1997.

Solicitó a la demandada, mediante radicados Nos. 9900002 del 9 de mayo de 1999 y 200009 de 9 de septiembre de 2002, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por haber cumplido los requisitos establecidos en la ley.

Mediante Resolución No. 034 de 10 de mayo de 1999, la entidad demandada le negó el derecho con el argumento de que no tiene edad para pensión por aportes y al momento de cumplir el status se hallaba vinculado al Sena.

Contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado por la Resolución No. 060 de 6 de agosto de 1999, que la confirmó en todas y cada una de sus partes.

Mediante Resolución No. 152 de 28 de octubre de 2002, la entidad demandada le negó el derecho con el argumento de que la pensión que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconocerá será la de jubilación por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988 y en los Decretos 1160 de 1989 y 2709 de 1994, que establecen que tienen derecho a ella quienes acrediten, en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones continuas o discontinuas en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias entidades de previsión social del sector público, siempre que cumplan 60 años de edad, los hombres, y 55 las mujeres; el docente sólo tiene 55 años de edad, por lo tanto no tiene derecho a la prestación.

Contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado por la Resolución No. 164 de 30 de diciembre de 2002, que la confirmó en todas y cada una de sus partes.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 25, 29, 48, 53 Y 58; Ley 6ª de 1945, artículo 17; Decreto Ley 2277 de 1979, artículo 36, literal f); Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 1º; Ley 4ª de 1992, artículo 2º; Ley 60 de 1993, artículo 8º; Ley 115 de 1994, artículo 115; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 21.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina accedió a las súplicas de la demanda (fls. 150 a 165). Manifestó que como el demandante, al momento de entrar en vigencia la ley 33 de 1985, 29 de enero de 1985, contaba con 15 años, 1 mes y 25 días de servicios, el régimen aplicable es el contenido en la Ley 6ª de 1945 y le asiste el derecho a pensionarse con 50 años de edad.

EL RECURSO

La demandada interpuso recurso de apelación (fls. 149 a 150). Manifestó que el Tribunal desconoce que los docentes son empleados públicos, indistintamente de que estos adquieran ciertas denominaciones como nacionales, nacionalizados, territoriales o municipales, de acuerdo con la clasificación establecida en la Ley 43 de 1975 y que jamás han tenido un régimen especial de pensión.

Como empleados públicos, les es perfectamente reconocible la pensión de jubilación por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988 y con los Decretos 1160 de 1989 y 2709 de 1994, que establecen que tienen derecho quienes acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones continuas o discontinuas en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias entidades de previsión social del sector público, siempre que hayan cumplido 60 años de edad, los hombres, y 55 años de edad las mujeres.

Afirma que parte de los 20 años de servicio prestado los desempeñó el docente en un cargo de libre nombramiento y remoción en el SENA y que durante su estancia no cotizó para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sino al Instituto de Seguros Sociales, es apenas lógica la aplicación de las normas reguladoras de la pensión por aportes, de lo que habría que concluir que la entidad le reconocería la pensión solamente cuando alcanzare la edad de 60 años.

CONSIDERACIONES

Se discute en el presente proceso si el actor, en su calidad de docente, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación con base en el artículo 17 de la Ley 6 de 1945.

El Representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de la Resolución No. 034 de 10 de mayo de 1999 (fl. 3), le negó el derecho con el argumento de que el docente no tiene edad para pensión por aportes: y que al momento de cumplir el status se hallaba vinculado al Sena.

Contra la decisión anterior interpuso recurso de reposición, que fue desatado por la Resolución No. 060 de 6 de agosto de 1999 (fl. 5), que la confirmó en todas y cada una de sus partes.

Por segunda vez el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de la Resolución No. 152 de 28 de octubre de 2002 (fl. 7), le negó el derecho con el argumento de que la pensión que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconocerá será la de jubilación por aportes consagradas en la Ley 71 de 1988 y en los Decretos 1160 de 1989 y 2709 de 1994, que establecen que tienen derecho a ella quienes acrediten, en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones, continuas o discontinuas, en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias entidades de previsión social del sector público, siempre que cumplan 60 años de edad, los hombres, y 55 las mujeres; el docente sólo tiene 55 años de edad y, por lo tanto, no tiene derecho a la prestación.

Contra la decisión anterior interpuso recurso de reposición, que fue desatado por la Resolución No. 164 de 30 de diciembre de 2002 (fl. 9), que la confirmó en todas y cada una de sus partes.

Conforme a lo planteado, debe resolver la Sala dos problemas jurídicos, a saber, si, con base en la normatividad citada como violada, el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por haber reunido el requisito de 20 años de servicios y 50 años de edad, y si disfruta de un régimen especial de pensiones.

Así las cosas corresponde a la Sala determinar cuáles son las normas que regulan el reconocimiento de la pensión de jubilación del actor en su calidad de docente, y si se aplican los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, en virtud de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, o, por el contrario, la preceptiva contemplada en la Ley 33 de 1985.

El literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, con el siguiente tenor literal:

“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 las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.

Posteriormente, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 varió la edad de jubilación de los varones en los siguientes términos:

“Pensión de jubilación o vejez. 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”.

El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945.

A su vez el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 dispone:

“Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1° de este Decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad si es mujer.

PARÁGRAFO. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación solamente se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o labor no llegan al límite mínimo indicado, el cómputo se hará sumando las horas efectivamente laboradas y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga, se tomará como el de días laborados, los cuales se adicionarán con los de descanso remunerado y de vacaciones remuneradas”.

Por mandato del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 no sólo se equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación sino que se estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se consagraron unas excepciones.

“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 por ciento (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.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo, las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 2°. 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 años (50) de edad, si son mujeres, o 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...”.

El primer problema a resolver es si el demandante está dentro del régimen general o en el de excepción por disfrutar "de un régimen especial de pensiones".

El Decreto ley 2277 de 1979 o Estatuto Docente, entonces vigente, en su artículo 3°, dispuso que los educadores que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal, son empleados oficiales de régimen especial.

Según las previsiones del decreto la especialidad del régimen hace referencia, entre otros aspectos, a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

En efecto, los docentes tienen la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (art. 5 del Decreto 224 de 1972), pueden gozar de pensión gracia (leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) e, incluso de pensión gracia y pensión de invalidez, y tales prerrogativas las confirman las leyes 91 de 1989, 100 de 1993, arto 279, 60 de 1993, arto 6, y 115 de 1994, arto 115, lo que permite aceptar que, de alguna manera, gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional.

Sin embargo en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutaban de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones.

Por lo anterior no puede la Sala ratificar lo expresado por la Corporación en sentencia de 10 de noviembre de 1999, proceso No. 3004-98, actor: Carlos Jancey Vera Higueta, M.P. Dr. Javier Díaz Bueno, en la que se expresó que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993, el sistema pensional de los empleados oficiales del nivel territorial se regía por la ley 6 de 1945, régimen especial, y que por tanto tales empleados habían quedado exceptuados de la aplicación de la ley 33 de 1985 por disposición del inciso 2 del artículo 1° de la misma, ya que antes de la ley 100 de 1993, el régimen aplicable a dichos empleados era el establecido por la ley 33 de 1985, con las excepciones en ella señaladas, dado que la misma determinó un régimen general, se reitera, aunque dejó a salvo algunas excepciones dentro de las cuales, como ya se dijo, no estaban los docentes.

Esta ley, en su artículo 25, derogó los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le fueren contrarias, con el siguiente tenor literal:

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

La Ley 33 de 1985 fue sancionada el 29 de enero de 1985 y su publicación se hizo en el Diario Oficial No. 36.856 del 13 de febrero de 1985. En relación con los empleados que ya llevaran un tiempo de servicio de 15 años a la fecha de expedición de la ley, el artículo 1°, a través de su parágrafo 2, dispuso:

“PARÁGRAFO 2°. 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...”.

Para resolver el segundo problema jurídico, es decir, si el actor disfrutaba del beneficio de la pensión con 50 años de edad, debe partirse de lo dispuesto por la ley 91 de 1989.

En virtud del proceso de implantación de la nacionalización de la educación (Ley 43 de 1975) se expidió la ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de atender, entre otras, las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y se señaló la manera como la Nación y los entes territoriales asumirían la carga prestacional del personal docente.

En su artículo 15 la citada ley estableció:

“A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1°. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta ley...".

Así las cosas, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

Para resolver el punto es necesario, entonces, hacer alusión a las leyes que se encontraban vigentes para la fecha en que se expidió la ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, entre las cuales se encuentra la ley 33 de 1985.

Esta norma establecía en el parágrafo 2 la posibilidad para los trabajadores del orden nacional de continuar sometidos a las disposiciones anteriores, respecto a la edad de jubilación, pero con la condición de que hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, a la fecha de la ley, ello es, el 13 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la ley.

En otras palabras, si el demandante para el 13 de febrero de 1985, fecha de publicación de la ley, llevaba 15 años continuos o discontinuos de servicios, tenía derecho a pensionarse a la edad de 50 años.

Está probado en autos (fls. 20 y 24), de acuerdo con las certificaciones expedidas por la Secretaría de educación Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que el demandante fue nombrado como profesor de enseñanza secundaria, según Decreto 080 de 19 de mayo de 1969, desde el 28 de mayo de 1969; renunció el 1° de agosto de 1980, según Decreto 258 de 30 de julio de 1980; nombrado como rector del Instituto Bolivariano Académico Diurno, según Decreto 084 de 5 de julio de 1984, desde el 18 de julio de 1984; ascendido a supervisor de básica primaria y media vocacional, según Decreto 304 de 6 de agosto de 1993, desde el 25 de agosto de 1993; comisionado para ejercer cargo de libre nombramiento y remoción, según Resolución 496 de 17 de marzo de 1.997 (por un año, a partir del 17 de marzo de 1997); se le amplió la comisión por tres meses, según Resolución 619 de 26 de marzo de 1998; reintegrado a su cargo de supervisor a partir del 18 de junio de 1998, según Resolución 1411 de 17 de junio de 1998 hasta la fecha de la certificación, 4 de septiembre de 2002; por el rector y tesorero del Instituto Técnico central de Bogotá, que el demandante prestó sus servicios al plantel como profesor de tiempo completo, desde el 1° de febrero al 16 de diciembre de 1981 y desde el 17 de diciembre de 1981 hasta el 17 de julio de 1984, por lo que para el 13 de febrero de 1985, fecha de publicación de la ley 33 de 1985, contaba con 15 años, 2 mes y 14 días de servicios y, por ende, cumplía con el requisito establecido en la citada ley.

En consecuencia, es claro que el demandante tiene derecho a acceder a la pensión de jubilación con 20 años de servicio y 50 años de edad, por disfrutar del régimen especial de pensiones consagrado en la Ley 6 de 1945.

Como el demandante realizó la reclamación el 10 de septiembre de 2002 (fl.7) y el derecho se hizo exigible el 8 de agosto de 1997, fecha en que cumplió 50 años de edad (fl. 12), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 la prestación deberá reconocerse a partir del 10 de septiembre de 1999.

En estas condiciones las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, razón por la cual el proveído impugnado debe ser confirmado.

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 de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

Confírmase la sentencia de 26 de agosto de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por MARIANO OSPINA GOMEZ SJOGREEN.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO

TARSICIO CACERES TORO

JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE