CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., quince (15) de abril de dos mil quince (2015)

REF: EXPEDIENTE N° 080012331000201101060 01.

No. INTERNO: 4493-2013

DEMANDANTE: CARLOS ADOLFO IRIARTE SOTOMAYOR

DEMANDADO: FONDO DE PENSIONES TERRITORIALES DEL ATLÁNTICO.

Ha venido el proceso al Despacho el 25 de julio de 2014¹ a efectos de dictar Sentencia de Segunda Instancia. En consecuencia, le corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia de 2 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó las pretensiones de la demanda.

EL ESCRITO DE DEMANDA

Pretensiones.-

Mediante apoderada judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor CARLOS ADOLFO IRIARTE SOTOMAYOR, presentó demanda encaminada a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 00275 de 14 de septiembre y 00322 de 13 de octubre, ambas de 2009, proferidas por el Secretario General del Fondo de Pensión Territorial del Departamento del Atlántico, mediante las cuales, con la primera se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación, y con la segunda se confirmó la negativa.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicitó se condene al Departamento del Atlántico, a: (i) reconocer y pagar la pensión de jubilación al actor, a partir del momento que cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicio, así como su respectivo

¹ Informe visto a folio 109

retroactivo realizando los reajustes anuales de dichas mesadas o la indexación conforme al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo; (ii) dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 *ibídem*, y condenar en costas a la entidad demandada.

Fundamentos Fácticos².

El actor señaló que laboró de manera ininterrumpida en cargos administrativos y docentes desde el 29 de febrero de 1964 hasta el 6 de junio de 2006, es decir, 42 años 3 meses y 7 días, para el Departamento del Atlántico, Distrito Especial de Barranquilla, y finalmente con la Nación cuando se implementó la nómina única docente.

Mediante Resolución No. 00509 de 17 de mayo de 1994, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció una pensión de jubilación, como docente con efectos fiscales a partir del 10 de mayo de 1991. Por haber continuado laborando hasta el 28 de junio de 2006, en forma ininterrumpida al servicio del Departamento del Atlántico, considera que tiene derecho a que dicha entidad territorial le reconozca otra pensión de jubilación, la cual fue negada mediante los actos acusados.

Normas violadas y concepto de violación.

El demandante indicó que con el actuar de la administración se vulneraron las siguientes normas:

Los artículos 25 y 53 de la Constitución Política; Ley 33 de 1985, artículo 2542 del Código Civil; y el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo.

Lo anterior, por considerar que conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es irrenunciable, además el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, incluyó el reconocimiento expreso de los derechos adquiridos y en su artículo 36 señaló un régimen de transición para quienes por

² Ver folio 3

razón de la edad o el tiempo de servicio, pudieran encontrarse próximos a adquirir el derecho pensional, continuarán sujetos al régimen que para entonces gobernara su expectativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento del Atlántico – Fondo de Pensiones Territoriales del Atlántico.

Guardó silencio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante Sentencia del 2 de agosto de 2013, negó las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos³:

Una vez desarrollado el marco normativo que regula la situación particular del actor, el *a-quo* señaló que conforme a las pruebas allegadas al plenario, el señor Iriarte Sotomayor tiene la calidad de docente nacionalizado con vinculación a partir del 29 de febrero de 1964, razón por la cual, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció una pensión ordinaria de jubilación con efectos fiscales a partir del 11 de mayo de 1991.

Por lo anterior, consideró el Tribunal de instancia que lo pretendido por el demandante es percibir simultáneamente 2 pensiones ordinarias de jubilación provenientes del tesoro público, lo cual está prohibido por el artículo 128 Constitucional. Además, para la nueva pensión que solicita necesariamente habría de contabilizarse el tiempo ya reconocido.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante apoderada judicial, el demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión⁴, con el fin de que se revoque la sentencia de primera

³ Ver folios 65-85

instancia, ordenando el reconocimiento pensional requerido por las razones que se proceden a exponer:

Aclaró la apoderada del señor Iriarte Sotomayor, que es erróneo el concepto que se tiene de la naturaleza de la pensión reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues si bien ésta se trata de una pensión de jubilación cuya norma especial aplicable es la Ley 91 de 1989, y la Ley 60 de 1993, por ser docente, nada tiene que ver con la pensión de jubilación como funcionario administrativo del sector educativo que es precisamente la que pretende ahora, la cual es la contenida en la Ley 33 de 1985.

Afirmó entonces que no se trata de un doble reconocimiento pensional, sino de la compatibilidad de la pensión especial de jubilación de docente de la Ley 91 de 1989, con la pensión de empleado público, de la Ley 33 de 1985.

MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado⁵, solicitó se confirme la decisión impugnada bajo los siguientes argumentos:

A simple vista las disposiciones que señaló consagran la compatibilidad de las prestaciones reconocidas por el Fondo Nacional, con otras pensiones, pero el análisis del problema jurídico, permite llegar a la conclusión que no se trata de un caso de compatibilidad de pensiones, sino del reconocimiento doble de la misma pensión, la ordinaria de jubilación.

Añadió la Agencia Fiscal, que mal podría accederse a reconocer otra pensión de jubilación, como lo pretende el demandante con la nulidad de los actos que ya le negaron tal prestación, pues ello significaría un reconocimiento doble de la misma prestación.

⁴ En escrito visible a folios 87-93

⁵ Ver concepto a folios 104-108

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar Sentencia previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico.-

La Sala deberá dilucidar si el señor Carlos Adolfo Iriarte Sotomayor, en su condición de docente, tiene derecho a que el Fondo de Pensiones Territoriales del Atlántico, le reconozca una pensión de jubilación por haber continuado laborando al servicio del citado Departamento con posterioridad al reconocimiento pensional efectuado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, o si por el contrario, tal y como lo advirtió el *a-quo*, no es posible reconocer dos pensiones ordinarias de jubilación conforme a las normas que regulan la materia.

Análisis de la Sala.-

Atendiendo el problema jurídico señalado, y teniendo en cuenta que en el *sub-lite* se pretende el reconocimiento de una segunda pensión de jubilación por cuanto el actor continuó laborando al servicio del Departamento del Atlántico, se procede a abordar el asunto que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, en el siguientes orden: (i) Del marco normativo de la pensión ordinaria de jubilación; y (ii) De la solución del caso concreto.

Del marco normativo de la pensión ordinaria de jubilación.

Antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, las normas aplicables en el ámbito pensional a nivel nacional y territorial, eran los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, preceptos que establecían como requisito para tener derecho a la pensión, veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos y cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer; y Ley 6 de 1945, que exigía igualmente 20 años de servicio, pero 50 años de edad sin ninguna distinción.

El Decreto Ley No. 2277 de 1979, estatuto docente, 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 contenida en la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985, estableció:

“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.”.

El parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales (del orden nacional y territorial) que a la fecha de su promulgación - 13 de febrero de 1985 - hubiesen cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, para los cuales se continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.

Al mismo tiempo, el inciso 2 del artículo 1º de la citada Ley 33, señaló, que no quedarían sujetos a esa regla general los empleados oficiales que trabajan en

actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, o aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Como puede observarse, tal normatividad legal resulta aplicable a todos los empleados oficiales del orden nacional, departamental o municipal salvo, **como ya se advirtió**, quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza justifiquen la excepción, o a quienes disfruten de un régimen pensional especial. Lo anterior significa que la Ley 33 de 1985, al regular de manera general el régimen pensional para todos los empleados públicos, excepto los que gozan de un régimen especial, derogó tanto los Decretos 3135 y 1848, como la Ley 6ª de 1945⁶.

Ahora bien, la Ley 91 de 1989, fue expedida como consecuencia del proceso de nacionalización de la educación, y creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio estableciendo, entre otras cosas, la forma en que se asumirían las obligaciones prestacionales del personal docente oficial.

El artículo 2 de la misma normativa, contempló los distintos supuestos en que pueden encontrarse los docentes respecto de sus prestaciones sociales por virtud de la nacionalización de la educación y en su párrafo único, determinó:

“(…)

PARAGRAFO.- Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

(…)”. (Destaca la Sala)

Es necesario señalar entonces, que las disposiciones que en materia pensional se encontraban vigentes para el personal nacional y territorial en la fecha en

⁶ Ley 33 de 1985. Artículo 25. Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias.

que se expidió la Ley 91 de 1989, esto es, el 29 de diciembre de 1989, eran sin lugar a dudas, las consignadas en la Ley 33 de 1985, aplicables al sector público incluidos los docentes sin distinción alguna.

Así las cosas, procede la Sala a estudiar las pruebas allegadas al plenario para así determinar, si nos encontramos ante el reconocimiento doble de la pensión ordinaria de jubilación, como lo señaló el *a-quo*, o si por el contrario se trata de la compatibilidad prestacional que afirma el señor Iriarte Sotomayor se presenta en el *sub-lite*.

Del análisis probatorio y de la solución del caso concreto.

Con los documentos aportados al expediente se probaron los siguientes hechos:

- Mediante Resolución No. 00509 de 17 de mayo de 1994, el Representante del Ministro de Educación ante la Entidad Territorial del Atlántico, en nombre y representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció al actor la pensión vitalicia de jubilación con vigencia fiscal a partir del 11 de mayo de 1991, en cuantía de \$135.692.00⁷.
- El actor, durante su vida laboral se desempeñó inicialmente como secretario de colegio, desde el año 1964, con posterioridad como docente, y finalmente fue Directivo Docente - Rector de la Institución Educativa Distrital Simón Bolívar, antes CEB No. 127 hasta el 24 de mayo de 2006, fecha en la cual fue retirado del servicio por haber llegado a la edad de retiro forzoso.⁸
- Previa solicitud presentada por el actor el 19 de mayo de 2008, ante el Fondo de Pensiones Territoriales del Atlántico, el Secretario General del Departamento, negó la solicitud de otorgamiento de la pensión ordinaria,

⁷ Ver folios 16-18

⁸ Información extraída de la certificación vista a folios 24-30

bajo el argumento de que el actor ya se encontraba gozando de una pensión de jubilación concedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, además desde la fecha del reconocimiento año 1991 y el año 2006 fecha del retiro del servicio, hay 15 años, que sumados a los anteriores utilizados, daría un total de 42 años, lo que demuestra que el demandante pretende utilizar 7 años de servicios ya contabilizados en la anterior pensión.⁹

- Contra la anterior decisión, y estando dentro del término legal, el actor interpuso recurso de apelación contra dicha resolución, la cual fue confirmada en todas sus partes por la Resolución No. 00322 de 13 de octubre de 2009, suscrita por la misma autoridad administrativa departamental¹⁰.
- El actor mediante apoderado judicial demandó las anteriores decisiones en la presente contención.

De la solución del caso concreto.-

La parte actora como argumentos que sustentan su recurso de apelación, señaló que la pensión reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, si bien se trata de una prestación cuya norma especial aplicable es la Ley 91 de 1989, y la Ley 60 de 1993, por ser docente, nada tiene que ver con la pensión de jubilación como funcionario administrativo del sector educativo que es precisamente la que pretende ahora en esta instancia, la cual se encuentra contenida en la Ley 33 de 1985.

Al respecto, es preciso señalar que los regímenes especiales de pensiones se caracterizan porque mediante normas expresas se señalan condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicios y cuantía de la mesada, diferentes a las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros, quienes a pesar de ser servidores públicos y estar incursos dentro de un

⁹ Ver folios 8-11

¹⁰ Ver folios 12-15

régimen especial para el reconocimiento de algunas prestaciones como la pensión gracia, no gozan de este privilegio para la obtención de la pensión ordinaria de jubilación.

Si bien, el artículo 5º del Decreto 224 de 1972 consagró que en el ramo de la docencia es jurídicamente viable devengar simultáneamente sueldo por el ejercicio de la docencia y pensión de jubilación, igual argumentación se deriva del artículo 70 del Decreto 2277 de 1979, y la Ley 60 de 1993¹¹ en su artículo 6º inciso 3º, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989; ello no significa que los docentes del sector oficial gocen de un régimen especial de pensiones, las mencionadas normas consagran la compatibilidad entre pensión, prestaciones y salario, pero no el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación bajo condiciones especiales, esto con ocasión de la Ley 100 de 1993, la cual en su artículo 279, consagró la compatibilidad de las prestaciones reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con otras pensiones.

Sin embargo, el análisis del problema jurídico sometido a consideración de la Sala en *el Sub-lite*, permite afirmar que no se trata de un caso de compatibilidad de pensiones, sino del reconocimiento doble de una misma pensión, la ordinaria de jubilación, fenómeno que no está contemplado en las Leyes 60 y 100 de 1993, que solo hacen referencia a la compatibilidad prestacional.

Dentro del expediente se encuentra acreditado¹² que el demandante laboró al servicio del Departamento del Atlántico del 29 de febrero de 1964 al 24 de mayo de 2006, inicialmente como secretario de colegio, labor que desempeñó solo por un poco más de 1 mes, luego como profesor, y finalmente como directivo docente- rector de institución educativa, 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

¹¹ Derogada expresamente por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001.

¹² Ver folios 27-32

régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Bajo estos supuestos, el demandante tenía el derecho a que su reconocimiento pensional se mantuviera bajo el régimen anterior, tal y como aconteció en el reconocimiento pensional efectuado mediante Resolución No. 00509 de 17 de mayo de 1994, sin que sea dable que ahora pretenda obtener un nuevo reconocimiento pensional al que no tiene derecho, y menos aun teniendo en cuenta tiempos dobles para los mismos efectos.

Ahora bien, sobre la posibilidad de recibir simultáneamente dos pensiones que provengan del tesoro público, debe tenerse en cuenta que por disposición del artículo 128 de la Constitución Política, es regla general que no se puede recibir más de una asignación de tal naturaleza, salvo disposición expresa consagrada en la ley.

En conclusión, al no existir norma de carácter especial que regule la pensión de jubilación de los docentes, no es posible ordenar doble reconocimiento de pensión ordinaria de jubilación.

En consecuencia, se confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en estas consideraciones.

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

FALLA

CONFIRMAR la Sentencia de 2 de agosto de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las súplicas de la demanda incoada por Carlos Adolfo Iriarte Sotomayor contra el Departamento del Atlántico - Fondo de Pensiones Territoriales del Atlántico, por las razones expuestas en parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

ALFONSO VARGAS RINCÓN (E)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

13 REF: EXPEDIENTE N° 080012331000201101060 01.
NUMERO INTERNO 4493-2013
DEMANDANTE: CARLOS ADOLFO IRIARTE SOTOMAYOR
DEMANDADO: FONDO DE PENSIONES TERRITORIALES DEL ATLÁNTICO