



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veinte (20) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-33-000-2015-00500-00
DEMANDANTE:	TIRSO ALFONSO MORENO FRANCO
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO "FOMAG"
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso promovido por **TIRSO ALFONSO MORENO FRANCO** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

TIRSO ALFONSO MORENO FRANCO, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0736 de mayo 28 de 2015, a través de la cual, se le negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

Pide además, que sea tenido como valido el tiempo de servicio que prestó de manera ininterrumpida como docente, bajo la modalidad de contrato

¹ Folios 1 – 2, del expediente.

por prestación de servicios, para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, así como también, las mesadas dejadas de percibir desde la fecha de constitución del derecho pensional, hasta que se haga efectivo el respectivo pago.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Indicó el actor, que se desempeña como docente al servicio del Departamento de Sucre, encontrándose afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Puntualizó, que el 2 de mayo de 2012, alcanzó su status de pensionado.

Anunció, que ha ejercido la docencia oficial, por espacio de 20 años, de conformidad a la siguiente historia laboral:

Acto de vinculación	Desde	Hasta	Días
Contrato de Prestación de Servicios	Febrero 1º/92	Diciembre 31/92	11 meses (330 días)
Contrato de Prestación de Servicios	Febrero 1º/93	Noviembre 30/93	10 meses (300 días)
Contrato de Prestación de Servicios	Enero 3/94	Diciembre 31/94	11 meses +27 días (357 días)
Contrato de Prestación de Servicios	Enero 23/95	Diciembre 31/95	11 meses + 7 días (337 días)
Contrato de Prestación de Servicios	Enero 3/96	Diciembre 31/1995	11 meses + 7 días (357 días)
Nombramiento Decreto N° 00081 de fecha 24 de Feb de 1997	Enero 02/97	Mayo 02/2012	5.520
TOTAL DÍAS LABORADOS			7.201

Señaló, que el 1º de octubre de 2014 radicó solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación, aportando las certificaciones que demuestran haber cumplido 55 años de edad y los 20 años de servicio; no obstante,

² Folios 3 – 4, del expediente.

mediante Resolución No. 0736 de mayo 28 de 2015, la Secretaría Departamental de Sucre, en representación del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó el mentado pedimento, al no tener en cuenta el tiempo laborado a través de los contratos de prestación de servicios.

Manifestó, que los salarios devengados, eran reconocidos en las mismas condiciones que a los docentes vinculados bajo la modalidad de tiempo completo y durante este tiempo, no se afilió al demandante al sistema de seguridad social.

Por último mencionó, que mediante sentencia adiada 12 de marzo de 2013, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Sincelejo, declaró la existencia de una verdadera relación laboral durante el periodo laborado contractualmente y ordenó a su vez, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

1.3. Contestación de la demanda³.

La NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES, se opuso a las pretensiones, por carecer a su juicio de sustento fáctico y jurídico, que avalaran su prosperidad. Frente a los hechos, manifestó que algunos eran ciertos, otros no le constaban y respecto a otros, se atendería a lo probado en el proceso.

Propuso las excepciones de ineptitud de la demanda, no agotamiento de la vía gubernativa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y compensación.

Expuso que no se le puede otorgar al accionante el reconocimiento pensional, toda vez que *“no es viable conforme a la ley que se le otorgue su pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuales no ha cotizado durante el año status de pensión”*.

³ Folios 73 – 84 del expediente.

1.4 Actuación procesal:

- La demanda fue admitida mediante auto del 29 de enero de 2016⁴, el cual fue notificado por estado electrónico a la parte accionante el 1º de febrero del mismo año⁵.
- El 4 de mayo de 2016 se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda a la entidad accionada, al Ministerio Público, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁶.
- A través de providencia adiada 24 de octubre de 2016⁷, se convocó a las partes y demás sujetos procesales a la realización de la audiencia inicial. Dicha audiencia, se realizó el día 23 de noviembre de 2016⁸, llevándose a cabo las etapas respectivas y fijándose como fecha, para la celebración de audiencia de pruebas, el día 24 de enero de 2017.
- La audiencia de pruebas se celebró en la fecha fijada para ello⁹, incorporándose algunas de las piezas documentales solicitadas y prescindiéndose de la audiencia de alegatos y juzgamiento, para que las partes presentaran por escrito sus alegatos conclusivos.

1.5. Alegatos de conclusión:

Las partes guardaron silencio al respecto.

El señor Agente del Ministerio Público, no presentó concepto en esta oportunidad.

⁴ Folios 45 - 46.

⁵ Folio 47.

⁶ Folios 59 - 63.

⁷ Folio 89.

⁸ Acta de audiencia y registro de grabación de la audiencia en medio magnético (DVD) militante a folios 95 – 99.

⁹ Acta de audiencia y registro de grabación de la audiencia en medio magnético (DVD) visibles a folios 130 – 132.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **primera instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 152 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Problema jurídico.

Teniendo en cuenta los supuestos fácticos y jurídicos, considera la Sala, que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben en determinar:

¿Tiene derecho el accionante a que se le reconozca y pague la pensión de jubilación, bajo los términos de la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta los tiempos de servicios que se dicen prestados bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1. Regulación legal, en materia de pensiones de docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – régimen aplicable – presupuestos mínimos para su reconocimiento.

La Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se erige como la preceptiva especial que rige los aspectos pensionales de los docentes nacionales y nacionalizados, vinculados al momento de su expedición y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990. En tal dirección, el artículo 15 de la citada ley estipula:

“Artículo 15º.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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 efectos 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.

2.- Pensiones:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

A. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. Ver Artículo 211 Ley 115 1994 Derecho a la pensión adquirida con anterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

De la normativa reseñada, se puede afirmar, que los docentes que se vinculen a partir de 1º de enero de 1990, sin dejar a un lado los vinculados a partir del 1º de enero de 1981, ostentan el mismo régimen pensional, vigente para aquella época, de los empleados del sector público nacional, que para el caso era 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"; luego entonces, se colige, que el personal al servicio de la docencia, que reúna el supuesto de

vinculación ya descrito, le gobierna y aplica las directrices, premisas y régimen pensional, que dicha normativa prevé, para los empleados oficiales de todos los niveles.

En ese orden de ideas, el artículo 1º de la citada ley, enseña los requisitos o presupuestos, que debe cumplir el empleado oficial, para ser merecedor de la pensión de jubilación, a saber:

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

A tenor de lo anterior, son dos los requisitos *sine qua non*, para que el empleado público, particularmente, el que se encuentra al servicio de la docencia, pueda acceder a la pensión de jubilación, estos son: (i) tener veinte (20) años continuos o discontinuos de servicio y (ii) la edad de cincuenta y cinco (55) años. Por consiguiente, cuando haya cumplido esos supuestos, podrá acudir a la caja de previsión donde haya efectuado sus aportes de pensión, a efectos de reclamar y obtener tal derecho prestacional.

Ahora bien, es necesario aclarar, que la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, unificó el régimen pensional de todos los empleados, tanto del sector público, como del privado, así se desprende del artículo 11, modificado 1º de la Ley 797 de 2003, que reza:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los **requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren**

pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de **los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general**.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Sin embargo, dispuso que ese sistema general de seguridad social, no era aplicable, entre otros, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en razón a que éstos, ostentan un régimen especial, regulado por leyes particulares, tal como se señaló en líneas anteriores. Concretamente, el art. 279 de la ley 100 de 1993, señaló:

“ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa 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. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”.

De este modo, se infiere, que el régimen pensional de los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1981 y 1º de enero de 1990, que se encuentren afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran exceptuados de las prerrogativas que el Sistema General de Seguridad Social Integral prevé, como quiera, que el sistema de pensión aplicable a aquéllos, se circunscribe bajo los parámetros establecidos para los empleados oficiales vigente para la época en que se expidió la Ley 91 de 1989, es decir, los consagrados en la Ley 33 de 1985, de conformidad con el literal A, numeral 2º, artículo 15 de la mencionada Ley 91 de 1989.

Ahora bien, aunado lo anterior, los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 812 de 2003, se registrarán por las premisas del sistema general de seguridad social integral, esto es, Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, *contrario sensu*, los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, conservarán las disposiciones referidas a las leyes 33 y 62 de 1985 y ley 91 de 1989, en lo que respecta a sus sistema de seguridad social¹⁰.

Al respecto, el artículo 81 de la Ley 812, dispone:

“Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

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

2.3.2.- El Ingreso base de Liquidación de la Pensión de jubilación de los empleados del sector público- factores salariales de liquidación.

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha reiterado en sendas jurisprudencias, que de conformidad con el régimen de transición, aquellas personas cobijadas por el mismo tienen derecho a que su pensión sea liquidada de conformidad con las anteriores a su vigencia, con miras a no vulnerar el principio de inescindibilidad, aplicación integral de la norma, igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

¹⁰ Cfr. igualmente parágrafo transitorio Artículo 1º del Acto legislativo No. 5 de 2005, que señala: **"Parágrafo transitorio 1º.** *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".*

La anterior postura, ha sido un esfuerzo de elaboración derivada de una línea jurisprudencial sólida, en la que se destaca entre otras, la sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 012-2009, con ponencia del Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, en donde además se concertó, que la liquidación del Ingreso Base de Liquidación (IBL), debe contener, a más de la asignación básica, aquellos conceptos devengados por el trabajador, durante el último año de prestación de servicios, excluyéndose, la taxatividad que imperaba, en ciertos fallos judiciales sobre el tema.

En sentencia del 3 de febrero de 2011, expediente 0670-10. C. P. Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, el Honorable Consejo de Estado, recalcó:

“Como ha quedado expuesto, la norma jurídica anterior a la Ley 100 de 1993 aplicable en el sub júdice, para establecer el monto del derecho pensional del actor, es la Ley 33 de 1985.

Esta disposición, en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, estableció la forma como se liquidaría la pensión de jubilación...

Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, esta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador; en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieren realizado los aportes; y, finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Entonces, ante las diversas interpretaciones esbozadas en la materia, la Sala Plena de esta Sección, mediante Sentencia de 4 de agosto de 2010, con ponencia del suscrito, retomó el análisis del ingreso base de liquidación pensional cuando se trata de aplicar el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de la misma anualidad, para lo cual realizó exhaustivos debates apoyándose en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, arribando a la conclusión que con el fin de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la referida norma no indica en forma taxativa los factores

*salariales que conforman la base de liquidación pensional, **sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.***

*Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación de su prestación **incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicio**, esto es, entre el 8 de octubre de 1997 y el 8 de octubre de 1998. (Negrillas fuera del texto original)*

Siendo ello así, el accionante tiene derecho a que su prestación se liquide con inclusión de la asignación básica mensual, prima técnica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones, tal como lo ordenó el A quo”¹¹.

Concluyéndose, que la pensión de jubilación regulada por la ley 33 de 1985, se liquida **en cuantía del 75% del promedio de los factores salariales y demás sumas de dinero, que reciba el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, percibidos durante el último año de servicios y que sirvieron de base para realizar los aportes**, pero si existieran factores, sobre los cuales no se realizaron aportes, la entidad que reconoce la Pensión, deberá tenerlos en cuenta, pero realizará los descuentos a que haya lugar.

Se advierte, que los anteriores argumentos, en lo que hace a los factores a considerar para efectos de reliquidación pensional, se predicán de todo servidor público cobijado por transición, incluyendo a los docentes nacionales y nacionalizados, quienes para el efecto, gozan de las atribuciones del régimen de transición que surge de hacer una interpretación sistemática de ciertas normas, como lo son la ley 33 de 1985, ley 71 de 1988, ley 91 de 1989, ley 100 de 1993, ley 707 de 2003 y ley 812 de 2003.

¹¹ Ver entre otras Consejo de Estado; Expediente 0516-08, C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Expediente 0287-10. C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Expediente 1520-10. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Ver a su vez, Sentencia del 20 de marzo de 2013. Expediente 0341-12. C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, donde se reitera el marco jurisprudencial, consolidado desde la sentencia mencionada.

Sobre la anterior apreciación, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 3 de abril de 2008¹², manifestó:

“El artículo 15 numeral 1° de la Ley en mención indicó las disposiciones que se aplicarían a los docentes Nacionales y Nacionalizados y a los que se vincularan con posterioridad al 1° de enero de 1990. Para resolver el sub – lite en lo pertinente dispuso: ... El señor Bernardo Fernández Calderón, en su calidad de docente nacionalizado ha venido prestando sus servicios en el ramo de la educación, desde el 1 de octubre de 1977, por ende se le aplica la disposición antes transcrita, 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.

Es decir, el demandante mantiene el régimen vigente en la entidad territorial en la fecha en que formuló la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, que lo fue el 12 de noviembre de 2002. En materia de pensión de jubilación en esa época se hallaba vigente 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.” El artículo 1° de esta Ley dispuso: ... El inciso segundo del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 dispuso que no quedaran sujetos a la regla antes transcrita, los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción, ni aquellos que por Ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

Además del régimen especial que se ha establecido en favor de los docentes oficiales referido a la posibilidad que tienen de percibir simultáneamente pensión de jubilación, sueldo y cuando haya lugar a ella, acceder a la pensión gracia; en materia de pensión ordinaria de jubilación el ordenamiento jurídico no ha previsto ninguna especialidad en su tratamiento. Así se desprende de la normatividad que se ha expedido a favor de los servidores del ramo de la docencia.

Lo anterior por cuanto el régimen especial de pensiones se caracteriza porque algunas de sus disposiciones contemplan de manera expresa, condiciones relacionadas con la edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada pensional distintos a los establecidos en la norma general.

La Ley 33 de 1985 se aplica a los empleados oficiales de cualquier orden, salvo los regímenes de excepción y los

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Expediente con radicación interna 1564-07. C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

especiales, en los términos antes indicados. Se repite, el ordenamiento jurídico no prevé un régimen especial de pensión ordinaria de jubilación en favor de los docentes oficiales.”

2.3.3. Tiempos de servicios que se dicen prestados bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, como elemento a tener en cuenta para efectos pensionales

En reciente sentencia de unificación, el Honorable Consejo de Estado sobre el tema de tiempos de servicios que se dicen prestados bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, como elemento a tener en cuenta para efectos pensionales, ha señalado:

“... la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

La interpretación precedente obedece a los siguientes mandatos superiores:

i) El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (entre estos, el derecho a la pensión), que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.

ii) El principio in dubio pro operario, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

iii) El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política²⁸, en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un

derecho pensional.

iv) El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad¹³.

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)¹⁴, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite¹⁵), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del

¹³ El principio de progresividad y la prohibición de regresividad se hallan consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, así: (i) los artículos 2 y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); (ii) los criterios dados por los Principios de Limburgo de 1987 y algunas Directrices de Maastricht de 1997, que son recomendaciones de implementación y comprensión de los derechos consagrados en el PIDESC; (iii) observaciones generales del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que ha establecido criterios de interpretación del principio de progresividad; (iv) el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; y (v) artículo 4º del Protocolo de San Salvador, entre otros, que fueron señalados en la sentencia C- 228 de 2011 de la Corte Constitucional.

¹⁴ "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: 1. En cualquier tiempo, cuando: (...) c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe; (...)"

¹⁵ "Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: 1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. (...)" (se destaca).

derecho sustancial.

En tal sentido, el juez solo podrá analizar la prescripción en cada caso concreto, una vez abordada y comprobada la existencia de dicha relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral), por lo que su estudio deberá ser objeto de la sentencia.

Igualmente, en atención a que el derecho a una pensión redundante en la calidad de vida de aquella persona que entregó al Estado su fuerza de trabajo en aras de su propia subsistencia, e incluso de la de su familia, tanto para recibir una contraprestación por su servicio como para llegar a obtener beneficios que cubran contingencias derivadas de la vejez o invalidez, el juez contencioso deberá estudiar en todas las demandas en las que proceda el reconocimiento de una relación laboral (contrato realidad), así no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones debidas por la Administración al sistema de seguridad social en pensiones, pues si bien es cierto que la justicia contencioso administrativa es rogada, es decir, que el demandante tiene la carga procesal de individualizar las pretensiones condenatorias o declaratorias (diferentes a la anulación del acto) con claridad y precisión¹⁶ en el texto de la demanda respecto de las cuales el juez deberá pronunciarse en la sentencia (principio de congruencia), también lo es que este mandato legal debe ceder a los postulados superiores, cuanto más respecto de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social, puesto que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (artículo 48 de la C.P.), como extremo débil de la relación laboral, que imponen a las autoridades estatales la obligación de adoptar medidas tendientes a su protección efectiva, ya que sería mayor el menoscabo para la persona cuando llegare a acceder a un derecho pensional (sea por vejez o invalidez) con un monto que no reconoce la fuerza laboral que entregó a su empleador, frente a los demás que sí obtuvieron todos los beneficios a los que se tiene derecho en un contrato de trabajo (principio de proporcionalidad).

Lo anterior, además por cuanto al hallarse involucrados derechos de linaje constitucional fundamental, ha de privilegiarse el

¹⁶ Ley 1437 de 2011, artículos 162 (numeral 2) y 163 (inciso 2°).

*principio de iura novit curia*¹⁷, en virtud del cual al juez le incumbe aplicar el derecho pese a que este sea diferente al invocado por las partes, pues es su deber estudiar el asunto de acuerdo con los hechos y el derecho vigente, por lo que se insiste en que el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, en tanto que aquellos derechos son de aplicación judicial inmediata y evidenciada su vulneración, en aras de su prevalencia sobre el derecho procesal, habrán de adoptarse las medidas jurídicas necesarias para su restablecimiento, lo cual encuentra respaldo en lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia C-197 de 1999, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, en el sentido de que "... cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación", por lo cual lo anotado no implica la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador a favor de quien se ha declarado la existencia de una relación laboral con la Administración¹⁸".

Luego entonces, es jurídicamente viable, tener como válidos los tiempos de servicio que se dicen prestados bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, para efectos pensionales.

2.4.- Caso concreto. En el *sub lite*, se hallan los siguientes elementos probatorios relevantes:

¹⁷ "Los jueces dan el derecho. Para algunos autores surgió en forma de advertencia, casi diríamos de exabrupto que un juez, fatigado por la exposición jurídica de un abogado, le dirigiría: *Venite ad factum. iura novit curia*; o lo que es lo mismo: 'Abogado: pasad a los hechos; la corte conoce el derecho'...". CISNEROS FARÍAS, Germán. Diccionario de frases y aforismos latinos: Una compilación sencilla de términos jurídicos. México, primera edición, número 51, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie: estudios jurídicos, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 55.

¹⁸ El Consejo de Estado (sección segunda, subsección A), en sentencia de 17 de abril de 2008, expediente 25000-23-25-000-1999-03598-01(4218-04), C. P. Jaime Moreno García, sobre el particular dijo: "...el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes...no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral" (negrilla fuera de texto).

-. El señor **TIRSO ALFONSO MORENO FRANCO**, nació el 16 de marzo de 1954, tal como se avizora en las copias de su registro civil de nacimiento y de su cedula de ciudadanía (folios 41 y 150).

-. El accionante se desempeñó como docente al interior del Municipio de Los Palmitos (Sucre), a través de la suscripción de contratos de prestación de servicios, en los siguientes periodos¹⁹:

- **1992:** 1º febrero – 31 diciembre.
- **1993:** 1º febrero – 30 noviembre.
- **1994:** 3 enero – 31 diciembre.
- **1995:** 1º febrero – 31 diciembre.
- **1996:** 1º febrero – 31 diciembre.

-. A través del Decreto No. 22 del 24 de febrero de 1997, fue incorporado como docente a la nómina del Municipio de Los Palmitos (con fecha fiscal desde el 2 de enero de 1997²⁰) (Fls. 25 – 28).

-. Mediante sentencia del 12 de marzo de 2013, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Sincelejo, dentro del proceso con Rad. 70001-33-31-702-2012-00080-00, ordenó que se le reconociera y pagara al señor **TIRSO ALFONSO MORENO FRANCO**, el equivalente a las prestaciones sociales que hubiera devengado si su vinculación se hubiera efectuado bajo una relación legal y reglamentaria, con el Municipio de Los Palmitos, al momento de celebrarse los contratos de prestación de servicios anteriormente citados. Como fundamento de su decisión, el Despacho Judicial adujo:

“En el sub lite, se observa que, el señor Tirso Alfonso Moreno Franco, se ha desempeñado como docente en diferentes Instituciones Educativas del Municipio de los Palmitos, por medio de Ordenes de Prestación de Servicio que se celebraron en las siguientes fechas: De 1º febrero hasta 31 de diciembre de 1992;

¹⁹ Folios 17 – 24/29 – 30.

²⁰ Según certificado de tiempo de servicio expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, militante a Fl. 30.

de 1º de febrero hasta 30 de noviembre de 1993; de 3 de enero hasta 31 de diciembre de 1994; de 1 de febrero hasta 31 de diciembre de 1995, de 1 de febrero hasta 31 de diciembre de 1996.

Atendiendo a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, es claro para el despacho que, los contratos de prestación de servicio celebrados entre el actor y la entidad accionada, se desnaturalizaron abriendo paso a una verdadera relación laboral, que trae como consecuencia el reconocimiento y pago del “equivalente a las prestaciones sociales” a su favor, ya no como contratista sino por la configuración de una verdadera relación laboral. Por lo que se accederá a las súplicas de la demanda.

(..)

Debe aclararse que, las prestaciones se liquidarán con base “en los honorarios pactados” de conformidad con el límite temporal de las órdenes de prestación de servicio de fechas 1º febrero hasta 31 de diciembre de 1992, de 1º de febrero hasta 30 de noviembre de 1993; de 3 de enero hasta 31 de diciembre de 1994; de 1 de febrero hasta 31 de diciembre de 1995, de 1 de febrero hasta 31 de diciembre de 1996.”²¹

-. A través de la Resolución No. 0736 del 28 de mayo de 2015, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al actor, al considerar que en los tiempos laborados por autorización de prestación de servicios, no se realizaron aportes (Fls. 14 – 15).

Pues bien, de conformidad con todo lo anterior, la Sala encuentra acreditado que el accionante prestó sus servicios como docente en el Municipio de Los Palmitos, en virtud de la “relación laboral” que se señaló en la sentencia del 12 de marzo de 2013, durante 1650 días. Y a partir de su vinculación a la nómina de la misma administración municipal, esto es, desde el 2 de enero de 1997, hasta el 10 de diciembre de 2015, fecha de expedición del certificado de tiempo de servicio aportado al expediente, ha prestado sus servicios como docente durante 6818 días, para un total laborado de 8468 días, equivalente a 23,52 años.

²¹ Copia de la sentencia, Visible a Fls. 33 – 40.

Igualmente está demostrado, que el demandante cumplió 55 años de edad el 16 de marzo de 2009 y una vez efectuado el cómputo de tiempo antes señalado se concluye, que adquirió el status pensional el **3 de junio de 2013**, fecha que se obtiene una vez realizadas las conversiones y sumando los días laborados.

En ese orden, queda claro para la Sala que el accionante cumple con los requisitos exigidos de edad y tiempo de servicios, para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, bajo el régimen de la Ley 33 de 1985²².

Sin que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pueda negar el reconocimiento de la prestación, con el argumento de que la administración municipal no le ha trasladado los aportes de pensión, en razón a que el demandante, no puede ser perjudicado por una eventual omisión o irregularidad del ente territorial.

En este sentido y bajo los parámetros jurisprudenciales transcritos en líneas precedentes, la Sala declarará la nulidad de la Resolución No. 0736 de 28 mayo de 2015, acto administrativo que restringe dentro del mundo jurídico el reconocimiento pensional del actor y en consecuencia, se ordenará a la entidad demandada reconocer y pagar la pensión de jubilación al señor **TIRSO ALFONSO MORENO FRANCO** efectiva a partir del 3 de junio de 2013, **en cuantía del 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, anterior a la fecha en que adquirió el status.** Suma de dinero que deberá ser indexada.

3. CONDENA EN COSTAS. El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

²² Es de anotar, que si bien la sentencia de fecha 12 de marzo de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión, en su parte resolutive, no dice nada frente a los efectos pensionales del reconocimiento de la relación laboral ahí declarada, por virtud de la jurisprudencia antes citada y lo señalado en aparte motivacional de tal determinación, ha de entenderse que efectivamente tales efectos existen y son reales, a partir de la sola consideración de la existencia de una relación laboral en el período que se ha indicado.

En ese sentido, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. G. del P.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad de la Resolución No. 0736 de 28 mayo de 2015, a través de la cual, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por intermedio de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, le negó en su momento al actor el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

SEGUNDO: ORDÉNESE al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reconocimiento y pago de la pensión jubilación al señor TIRSO ALFONSO MORENO FRANCO, efectiva a partir de 3 de junio de 2013, en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios, anterior a la fecha en que adquirió el status.

De la liquidación efectuada, se deberá pagar al demandante las mesadas causadas.

La suma de dinero que resulte de la condena anterior, es decir las diferencias, se ajustará al valor presente de acuerdo con siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de la pensión reconocida, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la ejecutoria de la sentencia, por el índice vigente a la fecha en que el demandante obtuvo el status pensional. Por tratarse de prestaciones de tracto sucesivo, la indexación de las diferencias deberá hacerse mes por mes.

TERCERO: DÉSELE cumplimiento a esta sentencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 al 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C.G. del P. **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

SEXTO: DEVUÉLVASE el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0060/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS
(Ausente con permiso)

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA