



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, Diecisiete (17) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-23-33-000-2016-00260-00
ACCIONANTE:	HUGO RODRIGO BUSTILLO MOGOLLÓN
ACCIONADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso promovido por **HUGO RODRIGO BUSTILLO MOGOLLÓN**, 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:

HUGO RODRIGO BUSTILLO MOGOLLÓN, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad de las Resoluciones Nos. 1070 de julio 22 de 2015 y 1619 de diciembre 21 de 2015, a través de la cuales, se le negó y confirmó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

¹ Folios 1 – 2, del expediente.

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 año de consolidación del status pensional, 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 ha desempeñado como docente al servicio del Departamento de Sucre, encontrándose afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que nació el día 27 de septiembre de 1959.

Anunció, que ha ejercido la docencia oficial por más de 25 años, de conformidad a la siguiente historia laboral:

Acto de vinculación	Desde	Hasta
Orden de Prestación de Servicios	03/feb/1986	30/nov/1986
Orden de Prestación de Servicios	02/mar/1987	30/nov/1987
Orden de Prestación de Servicios	02/mar/1988	30/nov/1988
Orden de Prestación de Servicios	30/mar/1989	30/nov/1989
Orden de Prestación de Servicios	30/mar/1990	30/nov/1990
Orden de Prestación de Servicios	02/feb/1991	30/nov/1991
Orden de Prestación de Servicios	01/feb/1992	30/nov/1992
Orden de Prestación de Servicios	01/feb/1993	30/nov/1993
Orden de Prestación de Servicios	01/ago/1994	31/dic/1994
Orden de Prestación de Servicios	23/ene/1995	30/nov/1995
Nombramiento	25/ago/1998	01/ago/2014

Señaló, que radicó ante la entidad demandada el 21 de abril de 2015, solicitud de reconocimiento pensional, fecha para la cual contaba con 23 años, 10 meses y 17 días de servicio, cumpliendo así con los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985 para acceder a dicha prestación; no obstante, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del Secretario de Educación Departamental de Sucre, negó dicha solicitud mediante Resolución No. 1070 de julio de 2015, al considerar que

² Folios 2 – 4, del expediente.

no contaba con el tiempo exigido por la ley, para acceder a la pensión de jubilación.

Indicó el actor, que interpuso recurso de reposición contra la citada resolución; sin embargo, fue confirmada mediante Resolución No. 1619 de diciembre 21 de 2015, en consideración a que solo había cotizado a pensión entre los periodos 25 de agosto de 1998 y 1º de agosto de 2014 como docente departamental en el Municipio de Morroa, lo que daba como resultado un tiempo de servicios de 19 años, 3 meses y 11 días, es decir, que no acreditaba el tiempo para obtener la pensión de jubilación.

Adujo el accionante, que con la negativa relacionada, se **violaron preceptos de orden constitucional y legal**, tales como los artículos 1, 2, 13, 23, 25, 48, 53 y 243 de la C. P., artículo 7 del Decreto 1950 de 1973; artículo 1º, 2 literal f del artículo 36 del Decreto 2277 d 1979; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; literal a) del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 36 de la Ley 100 de 1993; párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005. Sentencia de Unificación del 22 de enero de 2015, proferida dentro del proceso radicado No. 25000-23-42-000-2012-02017-01(0775-14), con ponencia del Doctor Alfonso Vargas Rincón.

En el **concepto de violación**³, manifiesta el actor que la entidad demandada le omitió el cómputo del tiempo de servicios como docente vinculado desde el año 1986 a 1995, bajo la modalidad de autorización de prestación de servicios, en contraposición con lo expuesto por el ordenamiento jurídico (Ley 33 de 1985, Decreto 259 de 1981) y por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Sostuvo que en sentencia de unificación, el Consejo de Estado dentro del proceso radicado No. 25000-23-42-000-2012-02017-01(0775-14), con ponencia del Doctor Alfonso Vargas Rincón, señaló que los tiempos prestados como servicio público de educación, sin discriminar si la vinculación se hizo horas cátedras o contratación externa -OPS-, debían

³ Folios 7 - 14.

tenerse en cuenta y computarse para efectos del reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación docente.

Así mismo indicó, que el régimen que le era aplicable, era el contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, por el simple hecho de estar afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por exclusión del artículo 279 de la Ley 100.

De igual forma, manifestó el actor que contaba con más de 20 años de servicios, pues, acreditó un total de 25 años, 3 meses y 22 días a la fecha de presentación de la demanda.

1.3. Contestación de la demanda⁴.

Se tuvo por no contestada la demanda⁵ presentada por La NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES, toda vez, que la fundamentación del ente accionado parte del supuesto de que lo pretendido por el demandante, es una reliquidación pensional, desconociendo que el petitum descansa es en el reconocimiento de una pensión de jubilación, teniendo en cuenta el tiempo de servicio laborado a través de órdenes de prestación de servicios.

1.4 Actuación procesal:

-. La demanda fue admitida mediante auto del 4 de octubre de 2016⁶, el cual fue notificado por estado electrónico a la parte accionante el 6 de octubre del mismo año⁷.

⁴ Folios 62 - 76 del expediente.

⁵ Ver auto de fecha 17 de mayo de 2017, visible a folio 113.

⁶ Folios 47 - 48.

⁷ Folio 47.

-. El 24 de noviembre 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 Estado⁸.

-. A través de providencia adiada 17 de mayo de 2017⁹, se convocó a las partes y demás sujetos procesales a la realización de la audiencia inicial. Dicha audiencia, se realizó el día 9 de junio de 2017¹⁰, llevándose a cabo las etapas respectivas y fijándose como fecha, para la celebración de audiencia de pruebas, el día 11 de julio de 2017.

-. La audiencia de pruebas se celebró en la fecha fijada para ello¹¹, 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:

- La parte demandante¹² alegó, que se encontraba acreditado en el proceso que cumplía con los requisitos de ley para obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación, de conformidad con lo dispuesto con las Leyes 33 de 1985, que exige 55 años de edad (cumplidos el 27 de septiembre de 2014) y 20 años de servicio, tiempo causado el 4 de febrero de 2011. Y que para la fecha en que presentó solicitud de reconocimiento pensional, el 21 de abril de 2015, contaba con 23 años, 10 meses y 17 días de servicio.

Así mismo sostuvo, que la entidad demandada en el acto acusado omitió el tiempo de servicio prestado bajo la modalidad de autorización de prestación de servicio –OPS-, durante los años 1986 a 1995, al

⁸ Folios 54 - 60.

⁹ Folio 113.

¹⁰ Acta de audiencia y registro de grabación de la audiencia en medio magnético (DVD) militante a folios 119 - 123.

¹¹ Acta de audiencia y registro de grabación de la audiencia en medio magnético (DVD) visibles a folios 146 - 148.

¹² Folios 150 - 153.

Departamento de Sucre como docente en el Municipio de Corozal, desconociendo lo señalado por el Consejo de Estado al respecto.

- La parte demandada guardó silencio.

- El señor Agente del Ministerio Público¹³, conceptuó que el actor tenía derecho a que se le aplicaran las Leyes 33 y 62 de 1985, pues, conforme con lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encontraba excluido de esta regulación, ya que era un afiliado al FOMAG y estaba afiliado al servicio público educativo oficial, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Respecto al tiempo servido por el docente mediante órdenes de prestación de servicios, señaló, que era posible computársele para efectos pensionales, ya que estaba permitido por el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y por el literal a) del artículo 11 del Decreto 259 de 1981. Además, tal posibilidad había sido apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, haciendo referencia expresamente a la sentencia del 3 de marzo de 2016, radicado No. 47—1-23-33-000-2013-00163-01(1933-14), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Siendo así indicó, que el actor cumplió con el requisito de tiempo de servicios para acceder a su pensión de jubilación, por lo que solicitó fueran concedidas las súplicas de la demanda.

Finalmente anotó, que seguirían vigentes los aportes pensionales que debieron realizarse en desarrollo del contrato de trabajo que existió entre las partes y que se desarrollaron a través de OPS, los cuales debían determinarse mes a mes y verificarse, si existían diferencias entre las cotizaciones que se debieron efectuar y aquellas realizadas por el actor y, finalmente, consignar al respectivo fondo de pensiones las sumas faltantes por concepto de esos montos dirigidos a pensión, solo en el porcentaje

¹³ Folios 154 – 158.

que le correspondería al empleador, según fuere el caso o de ambos, en caso de que no se hubieren realizados.

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 15°.- 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 regirán 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 social¹⁴.

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

¹⁴ 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".

vulnerar el principio de inescindibilidad, aplicación integral de la norma, igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

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. (Negritas 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"¹⁵.

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.

¹⁵ 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 2008¹⁶, 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

¹⁶ 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 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 constitucionalidad¹⁷.

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)¹⁸, 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 trámite¹⁹), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del

¹⁷ 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.

¹⁸ “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; (...)”.

¹⁹ “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 precisión²⁰ 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

²⁰ Ley 1437 de 2011, artículos 162 (numeral 2) y 163 (inciso 2°).

*principio de iura novit curia*²¹, 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 Administración²²".

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:

²¹ "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.

²² 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 **HUGO RODRIGO BUSTILLO MOGOLLÓN**, nació el 27 de septiembre de 1959, tal como se avizora en las copias de su registro civil de nacimiento y de su cédula de ciudadanía (folio 17 -18).

-. Certificado de tiempo de servicio, de fecha 2 de febrero de 2015, expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, en el cual consta la historia laboral del actor, extrayéndose las distintas modalidades de vinculación que ha tenido, entre ellas, órdenes de autorización de prestación de servicio y legal y reglamentaria desde 1998²³.

De dicho certificado se extrae, que el accionante se desempeñó como docente al interior del Colegio Departamental de “Bto San Mateo” (sic) del Municipio de Corozal (Sucre), a través de Autorización de Prestación de Servicios, en los siguientes periodos²⁴:

Autorización de prestación de servicios	Desde	Hasta
No. 00046 de 30 de abril de 1986	3/feb/1986	30/nov/1986
No. 00043 de 10 de abril de 1987	2/mar/1987	30/nov/1987
No. 00022 de 2 de marzo de 1988	2/feb/1988	30/nov/1988
No. 00014 de 30 de marzo de 1989	30/mar/1989	30/nov/1989
No. 00245 de 2 de agosto de 1990	3/feb/1990	30/nov/1990
No. 00023 de 13 de marzo de 1991	2/feb/1991	30/nov/1991
No. 00006 de 1 de febrero de 1992	1/feb/1992	30/nov/1992
No. 00005 de 1 de febrero de 1993	1/feb/1993	30/nov/1993
No. 00008 de 1 de agosto de 1994	1/ago/1994	31/dic/1994
No. 008 de 6 de abril de 1995	23/ene/1995	30/nov/1995

En el mismo certificado se indica, que mediante Decreto No. 0434 del 24 de agosto de 1998, el actor fue nombrado como docente en el Colegio Departamental de “Bto San Mateo” (sic) de Corozal, tomando posesión el 25 de agosto de 1998. Y mediante Decreto No. 346 del 30 de julio de 1999, fue incorporado como docente en el Colegio Departamental de “Bto San Mateo” (sic) de Corozal, tomando posesión el 30 de julio de 1999.

²³ Folio 30.

²⁴ Ver certificado de tiempo de servicio expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, visible a folio 30.

Posteriormente, a través de Resolución No. 02473 de noviembre 2 de 2007, el actor fue trasladado a la Institución Educativa Cristóbal Colón de Morroa, cargo del cual tomó posesión el 3 de diciembre de 2007, sin que a la fecha de expedición del certificado aludido, se hubiese desvinculado del servicio de la docencia.

.- Respecto del tiempo laborado mediante autorización de prestación de servicio -OPS-, la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, a través del Líder de Programa Administrativa y Financiera, allegó los siguientes documentos:

- Copia de la orden de autorización laboral No. 046 de abril 30 de 1986, mediante la cual, se autoriza al señor Hugo Bustillo Mogollón a prestar el servicio de docencia en el Colegio de Bachillerato San Mateo de El Roble, durante el año lectivo de 1986 (fl. 140).
- Copia de acta de posesión de fecha **15 de mayo de 1986**, referente a la vinculación del accionante como docente en el Colegio de Bachillerato San Mateo de El Roble, Corozal (Fl. 144).
- Copia de la orden de autorización laboral No. 043 de abril 30 de 1987, mediante la cual, se autoriza la vinculación del señor Hugo Bustillo Mogollón para prestar el servicio de docencia en el Colegio de Bachillerato San Mateo de El Roble, Corregimiento de Corozal, durante el año lectivo de 1987 (fl. 139).
- Copia de la orden de autorización laboral No. 022 de 2 de marzo de 1988, mediante la cual, se autoriza la vinculación del señor Hugo Bustillo Mogollón para prestar el servicio de docencia en el Colegio de Bachillerato San Mateo de El Roble, Corregimiento de Corozal, durante el año lectivo de 1988 (fl. 138).
- Copia de la orden de autorización laboral No. 014 de 30 de marzo de 1989, mediante la cual se autoriza la vinculación por el sistema de

cátedra externa en el Colegio Departamental San Mateo de El Roble, Corozal, al señor Hugo Bustillo Mogollón, durante el año lectivo de 1989 (fl. 137).

- Copia de acta de posesión de fecha **3 de abril de 1989**, referente a la vinculación del accionante como docente en el Colegio de Bachillerato San Mateo de El Roble, Corozal (Fl. 142).
- Copia de la orden de autorización laboral, mediante la cual se autoriza la vinculación del señor Hugo Bustillo Mogollón para prestar el servicio de docencia en el Colegio de Bachillerato San Mateo de El Roble, Corregimiento de Corozal, durante el año lectivo de 1990 (fl. 136).
- Copia de acta de posesión de fecha **22 de enero de 1990**, referente a la vinculación del accionante como docente en el Colegio de Bachillerato San Mateo de El Roble, Corozal (Fl. 141).
- Copia de la orden de autorización laboral No. 023 del 13 de marzo de 1991, mediante la cual, se autoriza la vinculación del señor Hugo Bustillo Mogollón para prestar el servicio de docencia por horas cátedra en el Colegio de Bachillerato San Mateo de El Roble, Corregimiento de Corozal, durante el año lectivo de 1991 (fl. 135).
- Copia de acta de posesión de fecha **8 de abril de 1991**, referente a la vinculación del accionante como docente en el Colegio de Bachillerato San Mateo de El Roble, Corozal (Fl. 143).
- Copia de la orden de autorización laboral No. 006 de 1992, mediante la cual, se autoriza la vinculación por el sistema de cátedra externa en el Colegio Departamental San Mateo de El Roble, Corregimiento de Corozal, al señor Hugo Bustillo Mogollón, a partir del 1 de febrero de 1992 (fl. 134).

- Copia de la orden de autorización laboral No. 005 del 26 de febrero de 1993, mediante la cual, se autoriza la vinculación por el sistema de cátedra externa en el Colegio Departamental San Mateo de El Roble, Corregimiento de Corozal, al señor Hugo Bustillo Mogollón, a partir del 1º de febrero de 1993 (fl. 133).
- Copia de la orden de autorización laboral No. 008 del 1º de agosto de 1994, mediante la cual, se autoriza la vinculación del docente Hugo Bustillo Mogollón, en el Colegio Departamental San Mateo de El Roble, Corregimiento de Corozal, a partir del 1º de agosto de 1994 (fl. 132).
- Copia de la autorización de prestación del servicio educativo, mediante la cual, se autoriza al señor Hugo Bustillo Mogollón a prestar el servicio de docencia en el Colegio Departamental de Bachillerato San Mateo El Roble, a partir del 23 de enero hasta el 30 de noviembre de 1995 (fls. 130 - 131).

-. A través de la Resolución No. 1070 del 22 de julio de 2015²⁵, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le negó al señor Hugo Rodrigo Bustillo Mogollón, 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.

La anterior decisión fue objeto del recurso de reposición por el actor²⁶, siendo confirmada mediante Resolución No. 1619 de 21 de diciembre de 2015²⁷.

.- El actor sostiene que tiene derecho a la pensión de jubilación, toda vez que acredita un total de 25 años, 3 meses y 22 días a la fecha de presentación de la demanda; siéndole aplicable el régimen contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985, por el hecho de estar afiliado al Fondo Nacional

²⁵ Folios 18 – 19.

²⁶ Folios 22 - 29.

²⁷ Folios 20 - 21.

de Prestaciones Sociales del Magisterio, antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por exclusión del artículo 279 de la Ley 100.

También, refuta que la entidad demandada le omitió el cómputo del tiempo de servicios como docente vinculado desde el año 1986 a 1995, bajo la modalidad de autorización de prestación de servicios, en contraposición con lo expuesto por el ordenamiento jurídico (Ley 33 de 1985, Decreto 259 de 1981) y por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Analizado el caso puesto a consideración, en *primer lugar* se precisa, que el Honorable Consejo de Estado, a través de la Sala Plena de la Sección Segunda, en asuntos como el tratado concluyó, que el servicio de la docencia prestado mediante hora cátedra, sí es posible de ser considerado para efectos de verificar el tiempo de servicios, requerido para la obtención de la pensión de jubilación, pronunciamiento que por constituir precedente –sentencia de unificación–, acogerá este Tribunal, en los estrictos términos establecidos, en virtud de su cumplimiento obligatorio, vinculante a los operadores contenciosos administrativos, por ende, se tendrán las horas cátedras, debidamente acreditadas, como parte del cómputo del tiempo de servicios prestados.

A continuación, *in extenso*, se trae dicho pronunciamiento:

"(..) CÓMPUTO DE TIEMPOS DE SERVICIO COMO DOCENTE HORA CÁTEDRA.

En el sub examine A quo consideró que el período prestado por la demandante como docente externa de hora cátedra comprendido entre los años 1985 y 1993, no tiene incidencia en el reconocimiento de la pensión gracia por cuanto no medió una vinculación laboral con el Departamento de Sucre. Por su parte la actora mostró su inconformidad con lo expresado por el Tribunal por considerar que en dichas anualidades se encontraba vinculada mediante una relación laboral por cuanto sus nombramientos los realizó directamente la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre. Además, ese lapso tiene incidencia en el reconocimiento de la pensión gracia, pues así lo estipuló el literal a) del artículo 11 del Decreto 259 de 1981 al establecer que más de 12 horas de cátedra dictadas por un docente son equivalentes a un año de servicios.

El Decreto 259 de 6 de febrero de 1981, "Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Extraordinario 2277 de 1979, en lo relacionado con la inscripción y ascenso en el Escalafón", con relación al ascenso docente indicó que el educador debería – entre otras, certificar el tiempo de servicio y en el b) indicó que si no fuere docente de tiempo completo, el certificado especificará el número de horas cátedra, es decir, que era posible el cómputo del tiempo de servicio como docente hora cátedra.

"Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley."

La precitada norma estableció que para determinar el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación: Ahora bien, la Ley 33 de 1985 en el artículo 1º, parágrafo 1º, dispuso lo siguiente:

- Se computará como jornada completa de trabajo docente, aquella compuesta por cuatro (4) horas diarias.
- Indicó la fórmula que debía aplicarse para computar dicho tiempo.

Con relación al cómputo del tiempo de servicio docente por hora cátedra, la Corte Constitucional en sentencia C-517 de 1999, dijo lo siguiente:

"(..) Sostuvo que, en ningún caso, esos parámetros de contratación son imputables al docente quien, sin importar la forma como ha de ser vinculado, cumple funciones similares en el campo educativo y, en consecuencia, está obligado a acreditar iguales condiciones de formación y experiencia. Ello, por supuesto, descarta que la ley y las propias instituciones, dentro de la autonomía de que gozan para darse sus propios estatutos, puedan establecer regímenes restrictivos que desconozcan el derecho de los docentes ocasionales y hora cátedra, a percibir las prestaciones sociales reconocidas por el orden jurídico para todos los trabajadores públicos o privados, las cuales deben otorgarse en proporción al tiempo laborado. (..)"

Sobre el particular la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 24 de agosto de 2000 indicó que era posible tener en cuenta el para efectos del reconocimiento de la pensión gracia el tiempo de servicio prestado como docente hora

cátedra y señaló que para su cálculo se daría aplicación al parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Posteriormente en sentencia de 8 de agosto de 2003 se ratificó el anterior criterio, para lo cual se concluyó lo siguiente:

"(...) En lo que tiene que ver con el cómputo de tiempo de servicio que da lugar a la pensión de jubilación, el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señala que sólo se computaran como jornadas completas de trabajo las de cuatro horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro, el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los del descanso remunerado y de vacaciones conforme a la ley.

En estas condiciones como el personal docente oficial labora de lunes a viernes y los sábados y los domingos corresponden a días de descanso remunerados, se deberán adicionar estos días, al igual que los días de vacaciones escolares de semana santa (1 semana) y de vacaciones intermedias (4 semanas) de conformidad con el numeral 2º del artículo 3º del Decreto 0174 de 1982 modificado por el artículo 3º del Decreto 1235 de 1982 en armonía con el artículo 58 del Decreto Reglamentario 1860 de 1994.

Así las cosas deben entenderse que cuatro horas diarias de labor académica deberán computarse como una jornada completa de trabajo, lo que significa que veinte horas semanales suman ochenta mensuales. (...)"

Así las cosas, la Sala considera que no le asiste la razón al Tribunal que negó las súplicas de la demanda porque a su juicio la vinculación como docente externa de hora cátedra comprendido entre los años 1985 y 1993, no tiene incidencia en el reconocimiento de la pensión gracia por cuanto no medió una vinculación laboral con el Departamento de Sucre, en consecuencia se revocará la sentencia apelada para en su lugar entrar a determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia"²⁸

Clarificada la procedencia de cuantificar el período laborado por el docente, mediante hora cátedra, a fin de determinar si es beneficiario o no de la pensión jubilación, procede la Sala, en segundo lugar, a verificar

²⁸ Sentencia de 22 de enero de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena Sección Segunda, radicado No. 25000-23-42-000-2012-02017-01, expediente No. 0775-2014, C. P. Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN.

en este asunto, si el actor cumple con el primer requisito del tiempo de servicio exigido, esto es, 20 años de servicios (equivalente a 7200 días).

Pues bien, está plenamente acreditado que el señor HUGO RODRIGO BUSTILLO MOGOLLÓN, tiene una vinculación legal y reglamentaria al servicio de la docencia, desde el 25 de agosto de 1998, lo que al tiempo de la fecha de expedición de la certificación de tiempo de servicios – 2 de febrero de 2015–, le permitiría alcanzar un tiempo de 16 años, 5 meses y 8 días de servicio (5.918 días).

Así mismo, se advierte, que a la fecha de expedición del certificado de tiempo de servicio (2 de febrero de 2015) y a la fecha de presentación de la demanda (2 de junio de 2016)²⁹, el señor Bustillo Mogollón aun laboraba como docente³⁰. Siendo así, se tiene que el actor en dicho lapso logra acumular un tiempo de servicio de 1 año y 4 meses (480 días) más, período que puede tenerse en cuenta, toda vez que la entidad demandada al contestar nada dijo al respecto, entendiéndose que continuó laborando, tal y como se reconoce en la demanda, para el período indicado.

En cuanto a los tiempos laborados como docente mediante autorizaciones de prestación de servicios, solo se tendrán en cuenta aquellos respecto de los cuales, se allegó por parte de la Secretaría de Educación Departamental las referidas órdenes, junto con el acta de posesión; pruebas estas que acreditan, definitivamente, lo indicado en el certificado de tiempo de servicio allegado junto con la demanda y especialmente, que la labor fue cumplida, pues, la sola orden no indica el momento desde el cual inició labores, materialmente hablando, el demandante³¹.

²⁹ Folio 16.

³⁰ Ver acápite de fundamentos de derecho - folio 4.

³¹ Es necesario indicar, que si bien con la demanda se aporta un certificado laboral (folio 30), conforme lo que se ha ido mencionando en esta providencia, el mismo no es conteste con las situaciones administrativas probadas en la hoja de vida del demandante y que fueron aportadas precisamente por la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, ente a cuya custodia se hallan precisamente tales documentos y constituyen los antecedentes de los actos administrativos demandados, de ahí que, no se requiera tales antecedentes, si se cuenta con la documentación remitida por dicho ente y suscrita la remisión por quien elaboró la mentada certificación obrante al folio indicado, lo que

Vale la pena anotar en este apartado, que en virtud de lo dispuesto en las propias autorizaciones de prestación de servicio, era función del rector de la institución educativa, estar pendiente de la asignación de clases y de certificar la labor cumplida, fungiendo entonces como parte de la ejecución de las autorizaciones de prestación de servicio, con criterio certificador, luego, exigir al menos el acta de posesión, no resulta un exceso de rigor manifiesto, pues, tal documento resulta en el elemento que indica a partir de qué fecha se iniciaron labores, de ahí que al no existir tal mínimo probatorio, mal se haría en asumir que el solo acto administrativo de autorización, conlleve que el demandante haya prestado el servicio asignado³².

Y si bien, aparecen autorizaciones de prestación de servicios en donde se anota que las mismas tienen una vigencia fiscal determinada, indicando así, que a partir de tal fecha aparentemente se prestó el servicio, lo cierto es que tales indicaciones vulneran la técnica jurídica del acto administrativo, pues, la fecha a partir de la cual empieza la vigencia, se señaló con anterioridad a la expedición del mismo acto administrativo³³.

Aclarado lo anterior, este Tribunal acogerá los parámetros trazados por el Honorable Consejo de Estado, quien para el tiempo equivalente a lo laborado mediante hora cátedra, utiliza la fórmula consagrada en el párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que reza:

como se advirtió en audiencia inicial, permite tomar una determinación de fondo en este asunto.

³² Según el Honorable Consejo de Estado: *"La carga de la prueba en los contratos (estatales) la tiene el contratista, puesto que está en la obligación de desvirtuar la naturaleza de la relación y se invierte esta carga en los contratos de derecho laboral ordinario, toda vez que es el contratante quien debe desvirtuar la presunción legal existente en favor del trabajador"*. Consejo de Estado. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Rad. 050012331000201002195-01. N° Interno: 1149-2015. C. P.: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actores: Hernán de Jesús Gutiérrez Uribe. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

³³ La doctrina especializada, indica que *"como norma general, los actos administrativos no pueden producir efectos retroactivos, ni desconocer en un momento determinado derechos ya adquiridos o modificar situaciones ya consideradas"*. Sánchez Torres, Carlos Ariel. Acto Administrativo. Teoría General. Legis. Bogotá, 2004. P. 142.

“Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.”

Siendo así, se avizora en el plenario lo siguiente:

Acto de vinculación	Desde	Hasta	Horas mensuales	Horas laboradas en el período académico (convertidas en meses)
Orden de autorización laboral departamental ³⁴	15/may/1986	30/nov/1986	80 ³⁵	540.00
Orden de autorización laboral departamental No. 014 ³⁶	3/abr/1989	30/nov/1989	92	726.80
Orden de autorización laboral departamental No. 245 ³⁷	22/ene/1990	30/nov/1990	32	328.32
Orden de autorización laboral departamental No.023 ³⁸	8/abr/1991	30/nov/1991	92	711.46
TOTAL				2.306.58

Ahora bien, la cantidad de 2306.58, que equivale al total de las horas laboradas en el interregno que laboró en la forma de docente hora cátedra, debe dividirse entre 4, que corresponden a las horas diarias de trabajo, operación que se realiza así: **2306.58/4 = 576.64 días laborados**

³⁴ Folio 130.

³⁵ Si bien es cierto, que en la orden laboral No. 046 de 1986, ni en el certificado expedido por el líder administrativo y financiero, no se aprecia la intensidad horaria por la cual fue contratado el actor, es decir, la cantidad de horas cátedras que debía prestar de manera mensual, este Tribunal, en beneficio de los derechos del trabajador e invocando el principio de *in dubio pro operario* y favorabilidad, acoge el tiempo mínimo establecido en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, esto es, 4 horas diarias, que corresponden a la jornada laboral completa, de suerte, que esas 4 horas multiplicadas por la semanas que comprenden (1 mes o 4 semanas), alcanza un total de 80 semanas.

³⁶ Folio 137.

³⁷ Folio 136.

³⁸ Folio 135.

A los 576.64 días laborados, se le adicionan los 6.398 días, que trabajó de manera legal y reglamentaria, dando un total de 6.974.64 días, suma que haciendo la operación para convertirla a años, meses y días, equivale a 19 años, 4 meses, 13 días.

En ese orden de ideas, de la sumatoria del tiempo laborado mediante hora cátedra y la legal y reglamentariamente, se advierte, que el señor HUGO BUSTILLO MOGOLLÓN no alcanza el tiempo exigido para la causación de la pensión ordinaria de jubilación, establecida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, esto es, 20 o más años de servicio; por tanto, esta Sala debe negar las pretensiones de la demanda.

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.

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

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: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. G. del P.

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

CUARTO: 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. 00197/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA