



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

---

Sincelejo, Diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

<b>RADICACIÓN:</b>	<b>70-001-23-33-004-2016-00196-00</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>GLENIS DEL SOCORRO HEMER MONTERROSA</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)</b>
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia del 2 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1 Pretensiones<sup>1</sup>:

**GLENIS DEL SOCORRO HEMER MONTERROSA**, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad de las Resoluciones 1068 del 22 de julio de 2015 y 1618 del 20 de diciembre de 2015, a través de las cuales, la entidad accionada le negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho, pide el reconocimiento y pago de la prestación pensional, así como también, las mesadas dejadas de

---

<sup>1</sup> Folios 5 – 6, C. de primera instancia.

percibir desde la fecha de constitución del derecho pensional, hasta que se haga efectivo el respectivo pago.

## 1.2.- Hechos<sup>2</sup>:

Indicó la accionante, que se desempeña como docente al servicio del Departamento de Sucre, encontrándose afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Puntualizó, que el 2 de abril de 2008, alcanzó su status de pensionada.

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

<b>Acto de vinculación</b>	<b>Desde</b>	<b>Hasta</b>
Decreto N° 0292 de 13 julio 1974	3 septiembre 1974	30 enero 1980
Decreto N° 409 de 17 agosto 1982	24 agosto 1982	18 julio 1983
Orden de Prestación de Servicios	10 marzo 1999	4 mayo 1999
Orden de Prestación de Servicios	4 mayo 1999	4 agosto 1999
Orden de Prestación de Servicios	6 noviembre 1999	17 diciembre 1999
Orden de Prestación de Servicios	17 enero 2000	15 abril 2000
Orden de Prestación de Servicios	16 abril 2000	16 julio 2000
Orden de Prestación de Servicios	19 julio 2000	9 octubre 2000
Orden de Prestación de Servicios	12 febrero 2001	11 mayo 2001
Resolución N° 1547 de 31 julio 2001	1 agosto 2001	30 octubre 2001
Resolución N° 2462 de 31 octubre 2001	1 noviembre 2001	14 diciembre 2001
Orden de Prestación de Servicios	1 febrero 2002	30 abril 2002
Orden de Prestación de Servicios	2 mayo 2002	28 junio 2002
Orden de Prestación de Servicios	15 julio 2002	15 octubre 2002
Orden de Prestación de Servicios	16 octubre 2002	16 diciembre 2002
Resolución N° 0510 de 17 febrero 2003	Año lectivo 2003	Año lectivo 2003
Decreto N° 0054 de 9 febrero 2004	16 febrero 2004	5 enero 2005
Decreto N° 0154 de 6 enero 2009	7 enero 2009	13 enero 2010

<sup>2</sup> Folios 2 – 5, C. de primera instancia.

Decreto N° 0267 de 14 enero 2010	Enero 7 de 2009	----
----------------------------------	-----------------	------

Señaló, que el 30 de julio de 2014 radicó solicitud del reconocimiento pensional, aportando las certificaciones que demuestran haber cumplido 55 años de edad y los 20 años de servicio; no obstante, mediante Resolución No. 01068 de 22 de julio 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 y los periodos en los que fue nombrada de manera provisional.

Frente a dicha decisión, interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido a través de Resolución N° 1618 del 20 de diciembre de 2015, confirmando la negativa del reconocimiento pensional aludido.

### **1.3. Contestación de la demanda.**

A través de auto proferido en audiencia inicial del 2 de agosto de 2017<sup>3</sup>, se tuvo por no contestada la demanda.

### **1.4 Sentencia apelada<sup>4</sup>.**

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 2 de agosto de 2017 (dictada en Audiencia Inicial), negó las súplicas de la demanda, al considerar que si bien la accionante laboró algunos períodos como docente bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios, este tiempo no puede ser computado para efectos de reconocimiento pensional, toda vez que es necesario la expedición de una sentencia judicial constitutiva de derechos, que le otorgue el reconocimiento de una relación laboral durante esos periodos.

<sup>3</sup> Fl. 112, C. de primera instancia.

<sup>4</sup> Fls. 113 – 115, C. de primera instancia.

### **1.5. Recurso<sup>5</sup>:**

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando, que en ningún caso los parámetros de contratación pueden serles imputables, pues, *"sin importar la forma como ha de ser vinculado, cumple funciones similares al campo educativo y, en consecuencia, está obligado a acreditar iguales condiciones de formación y experiencia"*.

Sostuvo, que el A quo desconoció los tiempos laborados por la accionante, los cuales, fueron certificados por la misma Secretaría de Educación Departamental de Sucre.

Adujo, que *"la primacía de la realidad sobre las formalidades es abledicadas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida"*.

### **1.6. Trámite en segunda instancia.**

Mediante auto de 3 de octubre de 2017<sup>6</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

Posteriormente, a través de providencia de 31 de octubre de 2017<sup>7</sup>, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

**-. Alegatos de la parte demandante<sup>8</sup>:** Reiteró los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

---

<sup>5</sup> Fls. 117 – 121, C. de primera instancia.

<sup>6</sup> Folio 3, C. de segunda instancia.

<sup>7</sup> Folio 8, C. de segunda instancia.

<sup>8</sup> Folios 12 – 15, C. de segunda instancia.

- **Alegatos de la parte demandada:** Se tienen por no presentados, toda vez que la abogada que los radicó, carece de personería para actuar, según auto del 31 de mayo de 2017<sup>9</sup>, dictado por el A quo.

- **Concepto del Ministerio Público<sup>10</sup>:** El señor Procurador Delegado ante este Tribunal, solicitó que se accedan a las pretensiones de la demanda, al estimar que la accionante cumple con los requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Agregó, que sí se debe tener en cuenta para el computo del tiempo de servicios el periodo realizado por órdenes de prestación de servicios, pues, es indefectible que la actividad docente contiene en sí misma, el elemento subordinación, requisitos indispensable para identificar una relación laboral.

Recalcó, que *“nada obsta para que habiendo solicitado la demandante la prestación social, adjunta a la misma se abordara, por parte del juez de primera instancia siquiera, el estudio del posible contrato realidad que existiese entre los entes territoriales y la accionante”*.

## 2.- CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

---

<sup>9</sup> Fl. 105, C. de primera instancia.

<sup>10</sup> Fls. 23 – 29, C. de primera instancia.

## **2.2.- Problema jurídico.**

Teniendo en cuenta los supuestos fácticos y jurídicos, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

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

## **2.3.- Análisis de la Sala.**

### **2.3.1. La pensión de jubilación dentro del régimen aplicable al magisterio.**

En materia de seguridad social, el régimen aplicable para los maestros y docentes del sector público, es el régimen del magisterio regulado en las leyes 50 de 1886 (artículos 12 y 13), 114 de 1913, 42 de 1933, 33 de 1985, 91 de 1989, 100 de 1993, 115 de 1994 y 812 de 2003.

Al efecto, la Ley 50 de 1886, fue una de las primeras que fijó reglas sobre el tema de la jubilación y la concesión de pensiones, específicamente se estableció allí, lo siguiente:

*“Artículo 12°.- Son también acreedores a jubilación los empleados en la instrucción pública por el tiempo indicado (20 años)”.*

*“Artículo 13°.- Las tareas de Magisterio privado quedan asimilados a los servicios prestados a la Instrucción pública y serán estimadas para los efectos legales en los términos del artículo anterior”.*

Posteriormente, la Ley 114 de 1913 indicó, que los maestros de escuelas primarias oficiales que hubiesen servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tendrían derecho a una pensión de jubilación vitalicia.

De estas dos normas, principalmente de los artículos 12 y 13 de la Ley 50 de 1886, se deriva, que desde dicho año, todas aquellas personas que se dedican a la actividad de la docencia, tienen derecho a una pensión de jubilación, si han realizado la actividad mencionada por más de 20 años.

Esta Ley creó la pensión de jubilación para los maestros de escuela y estableció, que todos los maestros que hubieran prestado sus servicios por no menos de veinte años (1000 semanas), tendrían derecho a una pensión de jubilación vitalicia, equivalente a la mitad del sueldo que hubiesen devengado durante los últimos dos años de servicio, siempre y cuando hubieran cumplido cincuenta años de edad.

Vale la pena mencionar, además, que la Ley 6 de 1945 estableció un régimen de prestaciones sociales, tanto para los particulares, como para los empleados públicos<sup>11</sup>; esta ley bifurcó el régimen de prestaciones sociales y estableció dos grandes vertientes, la de los particulares y la del sector oficial. Su artículo 14, establece lo siguiente:

**“Artículo 14.-** *La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:*

*a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos esté situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;*

*b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;*

*c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni*

---

<sup>11</sup> RENGIFO Jesús María, *La Seguridad Social en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 1989. p. 30, 89, 241.

*exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.*

Esta primera etapa de la seguridad social en Colombia, fue conocida como “*de prestaciones patronales y seguros sociales diversificados*”. En este período, el Decreto 2350 de 1944 y la Ley 6 de 1945, establecieron los beneficios de la seguridad social, como prestaciones sociales a cargo del empleador y separaron el sistema prestacional de los sectores público y privado. Para el sector privado se indicó, que las prestaciones sociales a cargo del empleador serían transitorias, hasta que se creara una entidad estatal de seguridad social<sup>12</sup>.

La Ley 33 de 1985, establecía como requisitos para que los empleados del sector oficial obtuvieran la pensión de vejez, que tuvieran más de 55 años de edad y 20 años de servicios en el sector público, régimen aplicable a los docentes igualmente.

La ley 91 de 1989 establece, que se denominará personal nacional a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y personal nacionalizado, a aquellos vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1967 y a los vinculados a partir de la vigencia de la mencionada ley, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975. Se indica que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, que se causen a partir de la vigencia de la ley, son de cargo de la Nación y deben ser pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta que las Entidades Territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, tendrán que pagarle al Fondo, las sumas que adeuden a dicho personal, hasta la fecha de promulgación de la ley en comento, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

---

<sup>12</sup> ARENAS Monsalve Gerardo, *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Legis, Bogotá, 2011, p. 64.

Se establece además, que a partir de la vigencia de la ley, los docentes nacionalizados que figuren vinculados como tal, mantendrán el régimen prestacional del que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Se debe mencionar además, en este marco normativo, la Ley 812 de 2003, que en su artículo 81 establece, que 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 mencionada ley. Establece además, que los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la 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.

**En síntesis,** (i) para el caso de las personas que se rigen por el régimen del magisterio, las normas aplicables son aquellas que regían en cada entidad territorial a la vigencia de las leyes 114 de 1919, 91 de 1989, 6 de 1945, 33 de 1985 y 71 de 1988. Existe también, (ii) un régimen de transición que establece, que aquellos que queden cobijados por el mismo, se pensionarán a los 50 años de edad si tuvieran 15 años de servicio, tal y como lo establece el parágrafo 2 de la Ley 33 de 1985. Por su parte, los docentes hombres con vinculación nacional se pensionan con 55 años de edad sin excepción.

Por otro lado, (iii) la Ley 812 de 2003, creó un nuevo régimen en materia pensional, según el cual, los docentes que se vinculen durante su vigencia, tendrán los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con excepción de la edad que será la de 57 años para hombres y mujeres.

De ahí que, en casos como el tratado, cuando comenzó a regir la Ley 91 de 1989, la normatividad aplicable para la pensión de jubilación y su liquidación en el sector educativo, era la Ley 33 de 1985, la cual era extensible a todos los servidores públicos de todos los niveles, que no se encontraran exceptuados de ella, aclarándose que en todo caso, en vigencia de la Ley 100 de 1993, el régimen pensional docente es especial y aparte de lo ahí dispuesto, por virtud de su art. 279.

### **2.3.2. El régimen de los docentes, a partir de la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 01 de 2005.**

El párrafo transitorio primero del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, se ocupa, expresamente, de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, en los siguientes términos:

*“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 ésta. 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.”*

De la norma transcrita se desprende, que se conservan los dos regímenes pensionales de los docentes de que trata el artículo 81 de la ley 812 del 2003, de suerte que los docentes que ingresaron al servicio, a partir de su vigencia, tienen el régimen de prima media de la ley 100 de 1993, pero con la edad de 57 años para hombres y mujeres; y quienes se vincularon antes, se rigen por la ley 91 de 1989 en materia pensional.

Al efecto, para los docentes, el párrafo transitorio primero del artículo primero del Acto Legislativo No. 01 del 2005, elevó a nivel de norma constitucional el reconocimiento de los dos regímenes pensionales del artículo 81 de la ley 812 del 2003 y del mismo modo, esto es, también como

norma constitucional, estableció la fecha a partir de la cual perderán su vigencia, puesto que en el párrafo transitorio segundo del artículo primero del Acto Legislativo, ordena que el 31 de julio del 2010 expirarán todos los regímenes que sean distintos al sistema general de pensiones.

Interesa en este punto, detenerse en la expresión *“sin perjuicio de los derechos adquiridos”*, para precisar, que si bien en materia pensional la tradición del ordenamiento jurídico ha sido la de configurar el derecho adquirido, cuando la persona reúne los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos en el régimen que le sea aplicable para adquirir el derecho a la pensión de jubilación o vejez, que en el lenguaje de la reforma se denomina como *“causación del derecho”*, el Acto Legislativo No. 01 del 2005 es explícito en el punto, estatuyendo en el inciso tercero del artículo 1º, lo siguiente:

*“Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley...”*

La aplicación de este conjunto de disposiciones de rango constitucional a los docentes oficiales, deja sustentado que:

- a) En ningún caso se podrá causar una pensión bajo el régimen especial de los docentes, a partir del 31 de julio del 2010;
- b) Los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003, se pensionarán con la edad de 57 años, para hombres y mujeres, con los demás requisitos y condiciones del régimen de prima media regulado por las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003;
- c) Los docentes cuya vinculación al servicio educativo estatal haya sido anterior al mismo 27 de junio del 2003, se pensionarán con los requisitos y

condiciones establecidos en la ley 91 de 1989<sup>13</sup> y demás normas legales vigentes en esa misma fecha.

Luego, se trata de un régimen distinto al que regulan las reglas generales.

### **2.3.3. Liquidación de la pensión docente, bajo el régimen de la Ley 33 de 1985.**

En cuanto a la base de liquidación, la Ley 33 de 1985 dispuso que las pensiones de los empleados oficiales, serían liquidadas con el 75% del salario promedio, que sirvió de base para calcular los aportes durante el último año de servicio y enumeró en su artículo 3°, los factores que serían considerados para la determinación de la base de los aportes; disposición que fue modificada por el artículo 1° inciso 2° de la Ley 62 de 1985, adicionándole como factores de liquidación, las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación.

No obstante la enumeración efectuada en la Ley 33 de 1985, por vía jurisprudencial, a través de sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010 con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado, Exp. No. 250002325000200607509 01 (0112-2009), se consideró que el listado señalado en el artículo 3° de la Ley 62 de 1985, no era taxativo, sino meramente enunciativo, de modo que bajo dicho régimen eran integrantes de ILB, todos aquellos que remuneren los servicios prestados por

---

<sup>13</sup> "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1o de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:...

"2. Pensiones:

"A. 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 hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegasen 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.

"B. Para los docentes vinculados a partir del 1o de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o 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 y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

el trabajador, siempre que fueran devengados habitual y periódicamente, también incluidas aquellas prestaciones sociales, a las que el legislador les haya dado la connotación de factor salarial para efectos pensionales, como las primas de navidad y de vacaciones.

Sobre este punto, debe aclararse, que si bien se han proferido las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017, a propósito de la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de contera, se concluyó en tales decisiones, que el IBL prestacional en esos eventos no correspondía al del régimen anterior, lo cierto es, que en casos como el tratado, se da aplicación a la tesis del Consejo de Estado, en razón a que, por disposición constitucional (Acto Legislativo No. 01 de 2005) y legal (arts. 279 Ley 100 de 1993 y 81 Ley 812 de 2003), los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, están expresamente excluidos del sistema pensional creado en la Ley 100 de 1993 y por consiguiente, son beneficiarios de la Ley 33 de 1985, no en virtud del régimen de transición allí creado, sino por remisión directa.

Se diría en contra de lo afirmado, que la interpretación del art. 36 de la Ley 100 de 1993, efectuada por la Honorable Corte Constitucional en las señaladas sentencias, al tratar el tema del abuso del derecho relacionado con la sostenibilidad fiscal, como trasfondo de su decisión, implicaría que finalmente, es el régimen general de pensiones el que define los factores que hacen parte del IBL; ad empero, ha de señalarse, además de lo ya dicho, que la preocupación de la Honorable Corte Constitucional no implicó la discusión de los elementos del régimen docente en los términos que se vienen tratando, pues, no se llega al régimen docente anterior por transición de dicha norma (art. 36 Ley 100 de 1993), sino por exclusión expresa (art. 279 Ibíd), tal y como se ha delineado en esta providencia.

**2.3.4. 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 Política<sup>28</sup>, 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 constitucionalidad<sup>14</sup>.*

---

<sup>14</sup> 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

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)<sup>15</sup>, 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 trámite<sup>16</sup>), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del 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.

---

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.

<sup>15</sup> "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; (...)"

<sup>16</sup> "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).

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 precisión<sup>17</sup> 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 principio de *iura novit curia*<sup>18</sup>, 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

---

<sup>17</sup> Ley 1437 de 2011, artículos 162 (numeral 2) y 163 (inciso 2°).

<sup>18</sup> "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.

*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 advierte 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 Administración"*<sup>19</sup>.

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<sup>20</sup>.

#### **2.4.- Caso concreto.**

En el *sub lite*, se encuentran acreditados los siguientes supuestos fácticos relevantes<sup>21</sup>:

-. La señora **GLENIS DEL SOCORRO HEMER MONTERROSA**, nació el 2 de abril de 1953, tal como se avizora en las copias de su registro civil de nacimiento y de su cédula de ciudadanía (folios 39 y 40).

---

<sup>19</sup> 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).

<sup>20</sup> En igual sentido, pero referido a la pensión gracia, Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 19 de enero de 2017. C. P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Expediente: 54001-23-33-000-2012-00180-01 (1706-2015). Demandante: José Antonio Mogrovejo Prieto. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

<sup>21</sup> Con prueba documental que no ha sido contrapuesta por la entidad demandada, pese a que fue traída en copia simple para algunos casos, lo que permite valorarla en su integridad.

-. La accionante se desempeñó como docente al servicio de la educación oficial, en los siguientes periodos<sup>22</sup>:

<b>Acto de vinculación</b>	<b>Lugar</b>	<b>Desde</b>	<b>Hasta</b>	<b>Folios</b>
Decreto N° 0292 de 13 julio 1974	Departamento del Atlántico	3 septiembre 1974	30 enero 1980	20
Decreto N° 409 de 17 agosto 1982	Departamento del Magdalena	24 agosto 1982	18 julio 1983	12
Orden de Prestación de Servicios	Departamento de Sucre	10 marzo 1999	4 mayo 1999	21
Orden de Prestación de Servicios	Departamento de Sucre	4 mayo 1999	4 agosto 1999	22
Orden de Prestación de Servicios	Departamento de Sucre	5 agosto 1999	5 noviembre 1999	23
Orden de Prestación de Servicios	Departamento de Sucre	6 noviembre 1999	17 diciembre 1999	24
Orden de Prestación de Servicios	Departamento de Sucre	17 enero 2000	15 abril 2000	25
Orden de Prestación de Servicios	Departamento de Sucre	16 abril 2000	16 julio 2000	26
Orden de Prestación de Servicios	Departamento de Sucre	19 julio 2000	9 octubre 2000	27
Orden de Prestación de Servicios	Departamento de Sucre	12 febrero 2001	11 mayo 2001	28
Resolución N° 1547 de 31 julio 2001	Departamento de Sucre	1 agosto 2001	30 octubre 2001	34
Resolución N° 2462 de 31 octubre 2001	Departamento de Sucre	1 noviembre 2001	15 diciembre 2001	35
Orden de Prestación de Servicios	Departamento de Sucre	1 febrero 2002	30 abril 2002	29
Orden de Prestación de Servicios	Departamento de Sucre	2 mayo 2002	28 junio 2002	30
Orden de Prestación de Servicios	Departamento de Sucre	15 julio 2002	15 octubre 2002	31
Orden de Prestación de Servicios	Departamento de Sucre	16 octubre 2002	16 diciembre 2002	32
Resolución N° 0510 de 17 febrero 2003	Departamento de Sucre	17 febrero 2003	19 diciembre 2003	44 y 36
Decreto N° 0054 de 9		9 febrero 2004	5 enero 2009	

<sup>22</sup> Folios 17 – 24/29 – 30.

febrero 2004	Departamento de Sucre			46 - 47
Decreto N° 0154 de 6 enero 2009	Departamento de Sucre	6 enero 2009	13 enero 2010	50 y 36
Decreto N° 0267 de 14 enero 2010	Departamento de Sucre	17 febrero 2010	----	53 - 54

-. Mediante solicitud radicada 2015-PENS-005594 de fecha 27 de abril de 2015, la accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación<sup>23</sup>.

-. A través de la Resolución No. 1068 del 22 de julio de 2015, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la accionante, al considerar que en los tiempos laborados en provisionalidad y por autorización de prestación de servicios, no se realizaron aportes (Fls. 12 – 13).

-. Mediante la Resolución No. 1618 del 21 de diciembre de 2015, se confirmó la decisión anterior, destacándose que *“el docente no hizo aportes para efectos de pensión ya que cuando se vinculó la docente no se hicieron aportes para pensión por que la modalidad de su contratación no se desprendía el pago de los mismos y únicamente existía disponibilidad presupuestal respecto al valor de los honorarios pactados en cada orden de prestación de servicio”* (Fls. 17 – 18).

Pues bien, de conformidad con las pruebas relacionadas y el marco jurisprudencial transcrito, la Sala considera que le asiste razón a la parte demandante, al manifestar que los periodos en los que laboró a través de órdenes de prestación de servicios y no en propiedad, sean tenidos en cuenta para el cómputo del reconocimiento pensional.

En efecto, dada la naturaleza de la función docente, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades cobra especial relevancia, puesto que la labor desempeñada a través de órdenes de prestación de

---

<sup>23</sup> Conforme al contenido de la Resolución No. 1068 del 22 de julio de 2015 (Fl. 12 – 13).

servicios, desentraña una verdadera relación de trabajo sobre la apariencia que haya querido ocultarla, como quiera que los maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación, cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario y, además, deben acreditar iguales condiciones de formación y experiencia<sup>24</sup>.

Por lo tanto, la Sala considera válido el tiempo laborado por la accionante como docente mediante contratos de prestación de servicios, para que sea contabilizado con el ejercicio de los otros tipos de vinculación, circunstancia que le permite, previo el análisis en concreto, acceder al reconocimiento pensional.

Se probó, que la accionante laboró al servicio de la educación oficial, así:

- **Vinculación legal y reglamentaria:**
  - ✓ 3 septiembre 1974 - 30 enero 1980 = 5 años, 4 meses, 27 días.
  - ✓ 24 agosto 1982 - 18 julio 1983 = 10 meses, 24 días.
  
- **Vinculación OPS (verdadera relación laboral en los siguientes períodos):**
  - ✓ 10 marzo - 17 diciembre 1999= 9 meses, 7 días.
  - ✓ 17 enero - 9 octubre 2000= 8 meses, 22 días.
  - ✓ 12 febrero - 11 mayo 2001= 2 meses, 29 días.
  
- **Vinculación legal y reglamentaria:**
  - ✓ 1 agosto - 14 diciembre 2001 = 4 meses, 14 días.

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 19 de enero de 2017, Rad. 2012-00180-01, C.P: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

- **Vinculación OPS (verdadera relación laboral en los siguientes períodos):**

- ✓ 1 febrero - 28 junio 2002= 4 meses, 28 días.
- ✓ 15 julio – 16 diciembre 2002= 5 meses, 1 día.

- **Vinculación legal y reglamentaria:**

- ✓ 17 febrero – 19 diciembre 2003= 10 meses, 2 días.
- ✓ 9 febrero 2004 - 7 septiembre 2016 (fecha presentación de la demanda) = 12 años, 6 meses, 28 días.

Igualmente está demostrado, que la demandante cumplió 55 años de edad el 2 de abril de 2008 y una vez efectuado el cómputo de tiempo antes señalado se concluye, que adquirió el status pensional el **9 de febrero de 2014**, fecha que se obtiene una vez realizadas las conversiones y sumando los días laborados.

En ese orden, queda claro para la Sala que la 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 1985.

Sin que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pueda negar el reconocimiento de la prestación, con el argumento de que la administración 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 las Resoluciones N° 1068 del 22 de julio de 2015 y 1618 del 20 de diciembre de 2015, actos administrativos que restringen dentro del mundo jurídico el reconocimiento pensional de la actora y en consecuencia, se ordenará a la entidad demandada reconocer y pagar la pensión de jubilación a la señora

**GLENIS DEL SOCORRO HEMER MONTERROSA** efectiva a partir del 9 de febrero de 2014, 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.**

Siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandada en ambas instancias y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el *A quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho.

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: REVOCAR** la sentencia del 2 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con lo anotado; en su reemplazo se **DISPONE:**

a. **DECLÁRESE** la nulidad de las Resoluciones N° 1068 del 22 de julio de 2015 y 1618 del 20 de diciembre de 2015, a través de las cuales, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por intermedio de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, le negó en su momento a la accionante el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

b. **ORDÉNESE** a la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reconocimiento y pago de la pensión jubilación a la señora **GLENIS DEL SOCORRO HEMER MONTERROSA**, efectiva a partir de 9 de febrero de 2014, en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado

durante el último año de servicios, anterior a la fecha en que adquirió el *stat us*.

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 *stat us* pensional. Por tratarse de prestaciones de tracto sucesivo, la indexación de las diferencias deberá hacerse mes por mes.

c. **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.

**SEGUNDO: CONDÉNESE** en costas a la parte demandada –ambas instancias-, las cuales serán tasadas por el a quo, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. G. del P. **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, regrésese el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo. Secretaría deje las constancias de rigor.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0110/2018

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

**ANDRÉS MEDINA PINEDA**