



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2022-00312-00**
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EVERCELIO AVILÉS POLANÍA
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL- FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL
TOLIMA

SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del presente medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por el señor EVERCELIO AVILÉS POLANÍA en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, radicado con el N°. 73-001-33-33-004-**2022-00312-00**.

1. Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes pretensiones:

Que se declare la nulidad de la resolución No. 3692 del 22 de julio de 2022, mediante la cual se denegó el reconocimiento pensional pretendido y que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento pensional solicitado a favor del actor, a partir del 17 de mayo de 2020 de conformidad con las leyes 33 y 62 de 1985 y en consecuencia, que se le paguen las mesadas pensionales que desde esa fecha se le adeudan.

2. Fundamentos Fácticos.

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos:

1.- Que la parte demandante a través de derecho de petición radicado el 11 de mayo de 2022, solicitó ante los entes demandados el reconocimiento y pago de su pensión, conforme a la Ley 33 de 1985, lo cual fue denegado a través del acto acusado.

2.- Que el demandante nació el 17 de mayo de 1958 e inició a cotizar desde 1995, lo que a juicio del apoderado actor, permite concluir que, para el 17 de mayo de 2020 cumplía con los presupuestos exigidos para hacerse acreedor de una pensión

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

La parte demandante indicó como normas violadas las siguientes:

Constitución Política, preámbulo, artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 así como el acto legislativo 01 de 2005.

También reseñó como vulneradas las leyes 91 de 1989; 812 de 2003, 33 y 62 de 1985, artículo 279 de la Ley 100 de 1993, decreto 2285 de 1955, decreto 224 de 1972, decretos 1042 y 1045 de 1978 así como el decreto 2277 de 1979.

Expone al efecto que, si la vinculación al servicio docente se realiza con anterioridad al 27 de junio de 2003, en lo que respecta al régimen pensional, a los docentes se les aplicará la normatividad anterior a la Ley 812 de 2003, esto es, la Ley 91 de 1989.

Clarifica el togado que el accionante laboró al servicio del Departamento del Tolima desde el 29 de abril de 1995 hasta el 27 de julio de 1998, para un total de 39 meses. Además de ello, cuenta con 25.75 semanas cotizadas a COLPENSIONES. Reseña que el accionante fue nombrado mediante Decreto 1023 del 30 de diciembre de 2003, laborando hasta el 17 de junio de 2005 para ser nuevamente nombrado mediante Decreto 316 del 05 de julio de 2005, con efectos fiscales a partir del 12 de julio de dicho año, desempeñándose en el cargo hasta la actualidad.

Destaca que de acuerdo con lo anterior, el actor ha laborado por más de 20 años como docente y tiene por tanto derecho al reconocimiento pensional conforme a lo normado en la Ley 33 de 1985.

4. Contestación de la Demanda.

4.1. Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No contestó la demanda (anotación No.12 del expediente electrónico)

4.2. Departamento del Tolima

Por intermedio de apoderada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que el docente demandante aparece afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 1º de julio de 2005, es decir, en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo cual, sus derechos pensionales se adquieren de conformidad con el régimen pensional de prima media establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

Respecto de los hechos, indicó que algunos eran ciertos y otros no le constaban y como excepciones formuló las que denominó: Imposibilidad legal del departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas y la genérica.

5. Actuación Procesal

Presentada la demanda electrónica el día 18 de agosto de 2022, ante el H. Tribunal Administrativo del Tolima, éste envió el proceso para que fuera repartido entre los Juzgados Administrativos de esta capital, correspondiendo por reparto a este Juzgado, mediante acta individual de reparto adiada 23 de noviembre de 2022, quien mediante auto del 30 de enero de 2023, procedió a admitir la demanda.

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado dentro del término de traslado de la demanda, la NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FOMAG no contestó la demanda mientras que el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA lo hizo dentro del término de ley (anotación 012 expediente electrónico).

Luego, mediante providencia del 31 de agosto de 2023, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 41 de la Ley 2080 de 2021, se adecuó el trámite del *sub examine* a sentencia anticipada incorporando pruebas y fijando el litigio. Posteriormente, a través de auto de fecha 07 de septiembre de 2023, se ordenó a las partes presentar por escrito sus correspondientes alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Demandante

No alegó de conclusión

6.2. Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No alegó de conclusión

6.3. Departamento del Tolima.

A través de apoderada judicial afirmó que:

“Teniendo en cuenta que a la parte demandante, le fue comunicado que la pensión de jubilación se reconoce a los docentes afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, que acredite en cualquier tiempo veinte (20) años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos a Colpensiones y en una o varias entidades de previsión social del sector público, no obstante, esta prestación hace parte de las prestaciones que se reconocen a los docentes que se

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

vincularon al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio antes de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003

Que una vez verificado el expediente de la docente se observa afiliación al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, desde el 30 de Diciembre del 2003, es decir, en vigencia de la ley 812 de 2003, por lo cual tiene los derechos prestacionales del régimen pensional de prima media establecido en las leyes 100 de 1993, modificado por la ley 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”

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

Éste Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un empleado público, y por el órgano que profirió los actos administrativos que se demandan, de conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 138, 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con los hechos y pretensiones de la demanda, así como con los argumentos expuestos por la demandada en su contestación, dentro del presente asunto debe el Despacho determinar si, ¿debe declararse la nulidad del acto demandado y en consecuencia, ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación pretendida por el actor, en los términos previstos por la Ley 91 de 1989 y las leyes 33 y 62 de 1985, respectivamente o si por el contrario, el acto acusado se encuentra ajustado a derecho?

3. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se trata del acto distinguido como Resolución No. 3692 del 22 de julio de 2022.

4. FONDO DEL ASUNTO.

El fondo del presente asunto radica en establecer si el demandante, tiene derecho a que las Entidades demandadas le reconozcan la pensión de jubilación establecida en la Leyes 33 y 62 de 1985, atendiendo a la vinculación que se aduce, tuvo como docente, antes de la expedición de la ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003).

5. DE LO PROBADO

Con el escrito de demanda se aporta la siguiente prueba documental:

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

- 1.- Copia de la solicitud de reconocimiento pensional
- 2.- Copia del registro civil de nacimiento del señor EVERCELIO AVILÉS POLANÍA, que da cuenta de su nacimiento el 17 de mayo de 1958.
- 3.- Copia de certificación adiada 03 de mayo de 2021, suscrita por el Jefe de la Oficina de Educación, Cultura y Deporte del Municipio de Planadas, en la que se indica que el accionante laboró por un término de 39 meses como docente municipal, nombrado mediante Decreto 059 B del 29 de abril de 1995 y posesionado el 03 de mayo de la misma anualidad, siendo aceptada su renuncia el primero de agosto de 1998. Se explicita que el Municipio canceló los aportes a pensión al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- 4.- Certificaciones de traslado de aportes al FNPSM por concepto de aportes meses septiembre y noviembre y diciembre de 1997, así como de enero y febrero de 1998 docentes urbanos y municipales de Planadas así como constancia de valores consignados por dicho concepto.
- 5.- Copia de Convenio celebrado entre la Nación- Ministerio de Hacienda, Ministerio de Educación Nacional, Departamento del Tolima y Municipio de Planadas.
- 6.- Copia relación de nómina meses de noviembre de 1996 y 1995, correspondiente al personal docente del municipio de Planadas.
- 7.- Certificado de historia laboral – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que da cuenta de diferentes vinculaciones de la accionante; la primera de ellas a través de Decreto 1023 del 30 de diciembre de 2003, posesión de la misma fecha. El tiempo total de servicio contabilizado hasta el 17 de junio de 2005 corresponde a **1 año, 5 mes y 19 días**, con afiliación al precitado Fondo.
- 8.- Certificado de historia laboral – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que da cuenta de diferentes vinculaciones de la accionante; la primera de ellas a través de Decreto 316 del 05 de julio de 2005, posesión del 12 de julio del mismo año. El tiempo total de servicio contabilizado hasta el 18 de febrero de 2022, fecha de expedición del documento, corresponde a **16 años, 7 mes y 7 días**, con afiliación al precitado Fondo.
- 9.- Copia Certificación electrónica de tiempos laborados CETIL con información de factores salariales devengados entre el año 2005 y el año 2022.
- 10.- Certificados de salarios años 2007 a 2022.
- 11.- Reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES por el accionante EVERCELIO AVILÉS POLANÍA identificado con la cédula de ciudadanía No. 15.902.545, por un total de 25.71 semanas, correspondientes al periodo marzo – diciembre de 2003.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

12.- Copia del acto administrativo demandado en el que se lee:

Que el (la) señor (a) EVERCELIO AVILES POLANIA identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 15.902.545 de chinchina-Caldas; solicita Pensión de Jubilación Ley 91 en vigencia de la Ley 91/89 (Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Decreto 196 de 1995, Decreto 2370 de 1997).

Que el (la) señor (a) EVERCELIO AVILES POLANIA identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 15.902.545 de chinchina-Caldas, su régimen pensional de acuerdo con sus vinculaciones se rige por la Ley 812 de 2003 Art. 81, Decreto 3752 de 2003, Art.

33 Ley 100 de 1993 modificado Art. 9 Ley 797 de 2003.

Que mediante hoja de revisión de fecha 29/06/2022, IDENTIFICADOR 2169512, la Fiduprevisora S.A niega la solicitud de Pensión de jubilación Ley 91 él (la) señor (a) EVERCELIO AVILES POLANIA identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 15.902.545 de chinchina-Caldas, debido a que se evidencia que el docente cumple con la edad, pero no con el tiempo de servicios requerido para acceder a una pensión de vejez.

6. FUNDAMENTOS DE LA TESIS DEL DESPACHO.

Para resolver el fondo del asunto, imperioso resulta efectuar un análisis de la evolución legal y jurisprudencial sobre el régimen pensional del personal docente, en los siguientes términos:

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral*” se buscó eliminar la pluralidad de regímenes pensionales existentes para la época, integrándolos en un solo Sistema General de Pensiones, unificando los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones, tasa de reemplazo y monto de la pensión.

No obstante, en el artículo 279 de la mentada Ley, el legislador excluyó de la aplicación del régimen general de pensiones a algunos servidores públicos y trabajadores, entre ellos, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyas prestaciones seguirían rigiéndose por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, manifestación que efectúa bajo el siguiente tenor literal:

“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 (...).

En el mismo sentido, el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso expresamente en el parágrafo transitorio 1º, lo siguiente:

“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo”.

(...)

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”.

Para determinar cuál es el régimen aplicable a este sector (docentes), resulta menester remitirnos al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, según el cual:

- a) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** – 27 de junio de 2003 - 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.
- b) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser 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 el, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Luego, antes de que entrara en vigencia la Ley 812 de 2003, la norma rectora en materia de régimen pensional docente no era otra que la **Ley 91 de 1989**, “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”. La misma estableció que las prestaciones económicas y sociales de los docentes nacionales y nacionalizados se regirían por las normas vigentes aplicables a los **empleados públicos del orden nacional**.

El artículo 15 de la precitada ley dispone:

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

“(…)

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 registrarán 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.

(…)” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Ahora, por disposición del artículo 3° del Decreto 2277 de 1979 “*Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente*”, los educadores que prestaran sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital, y Municipal, se catalogaron como empleados oficiales de régimen especial.

En ese sentido la especialidad del régimen se entendió como referida a aspectos relativos a la administración de personal, a situaciones administrativas, al ascenso de los educadores, entre otros, pero NO en materia de pensiones, pues se consideró y se considera que aquellos, los docentes, no disfrutaron de ninguna particularidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad.

Así las cosas, con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 - omnicomprensiva del régimen pensional de la generalidad de servidores públicos-, los docentes oficiales quedaron circunscritos al régimen que aquella consagró, modificado en lo pertinente por la Ley 62 del mismo año.

Por ello, resulta claro para el despacho concluir que el régimen de la pensión de jubilación aplicable a los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, corresponde a aquél previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Así, la Ley 33 de 1985, en lo que atañe a la liquidación de la pensión de jubilación dispone en su artículo 1°:

“ARTICULO 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (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

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

El artículo 3º de la norma a que se hace alusión, modificado por la **Ley 62 de 1985**, dispuso que, para liquidar la pensión, se tendrían en cuenta, cuando se trate de **empleados del orden nacional**, los siguientes conceptos: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. Aclaró además que, en todo caso, **las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden**, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

En reciente Sentencia de Unificación¹ al respecto el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Consejero Ponente el Dr. César Palomino Cortés, indicó de manera clara y contundente que *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”*. (Destaca el despacho)

Finalmente se advierte, que de conformidad con lo dispuesto por la máxima corporación de la jurisdicción contencioso administrativa en la Sentencia de Unificación reseñada, los parámetros allí contenidos, **serán aplicables a todos los casos que están en discusión tanto en vía administrativa como judicial**, y no son aplicables para los casos donde ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica.

A la par de la regulación establecida en la Ley 33 de 1985, encontramos lo establecido en la **Ley 71 de 1988** que dispuso:

“Artículo 7º. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas”.

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17)SUJ-014-CE-S2-19

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

CASO CONCRETO

Según lo informan los certificados laborales arrimados, el accionante, EVERCELIO AVILÉS POLANÍA, se vinculó al servicio educativo oficial mediante Decreto 1023 del 30 de diciembre de 2003 con posesión de la misma fecha. El tiempo total de servicio contabilizado hasta el 17 de junio de 2005 corresponde a **1 año, 5 mes y 19 días**, con afiliación al FNPSM.

Los certificados también dan cuenta de la vinculación como docente través de Decreto 316 del 05 de julio de 2005 con posesión del 12 de julio del mismo año. El tiempo total de servicio contabilizado hasta el 18 de febrero de 2022, fecha de expedición del documento, corresponde a **16 años, 7 mes y 7 días**, con afiliación al precitado Fondo.

Durante estos últimos períodos no existe duda de la existencia de una vinculación legal y reglamentaria con el Estado como educador estatal por parte del accionante y además, como afiliado al FNPSM.

Descendiendo a la motivación del acto administrativo atacado, se encuentra que el extremo demandado esgrime que el nombramiento formal como docente del magisterio oficial, sólo ocurrió hasta el 05 de julio de 2005, y a partir de allí, ubica la fecha en lo que atañe al régimen prestacional del docente, indicando que corresponde al contemplado para aquellos que se vinculan luego de la expedición de la Ley 812 de 2003 (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).

Empero, el señor EVERCELIO AVILÉS POLANÍA aduce que, a pesar de este hecho, lo cierto es que el desempeño de labores como educador en las instituciones educativas públicas de la Secretaría de Educación del Municipio de PLANADAS, tuvo lugar desde el **03 de mayo de 1995**.

Con base en estas dos posturas, resulta evidente que la entredicha condición de docente estatal, debe ser validada en esta oportunidad, pues en atención a la data a partir de la cual se asuma dicha calidad se podrá realizar el análisis pensional adecuado con motivo de la excepcionalidad que se predica de esta clase de servidores públicos.

Empieza entonces el Despacho por indicar que existe constancia de una primera vinculación de la docente al servicio educativo oficial, tal y como se evidencia en la certificación expedida el 03 de mayo de 2021, por el Jefe de la Oficina de Educación, Cultura y Deporte del Municipio de Planadas, en la que se indica que el accionante laboró por un término de 39 meses como docente municipal, nombrado mediante Decreto 059 B del 29 de abril de 1995 y **posesionado el 03 de mayo de la misma anualidad**, siendo aceptada su renuncia el primero de agosto de 1998. Se explicita que

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

el Municipio canceló los aportes a pensión al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así, aunque se echa de menos el aporte del acto administrativo correspondiente, lo certificado encuentra respaldo en las planillas de nómina (Nos. 0154 y 0178) reportadas por el Municipio durante los meses de noviembre de los años 1995 y 1996, por cuanto ellas dan cuenta de la relación de docentes municipales de Planadas y se relaciona el nombre del hoy accionante.

De acuerdo con ello, el despacho otorgará credibilidad a lo atestado en el documento aportado.

Todo lo anterior permite establecer que el demandante, por haber sido vinculado al servicio público docente del sector oficial por primera vez, antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es beneficiario del régimen pensional previsto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Entonces, concordando en que el régimen aplicable al accionante no es otro que el establecido en la Ley 33 de 1985, debemos decantar si en el presente asunto aquel cumple con los requisitos necesarios para acceder al reconocimiento pensional.

Sobre el régimen pensional de los docentes, contemplado en la precitada ley, la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, fijó la siguiente regla:

«[...] En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. [...]» (Negrilla del texto original).

Así, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1.º de enero de 1981 tanto nacionales como nacionalizados, y de los nombrados a partir del 1.º de enero de 1990 pero en todo caso antes del 27 de junio de 2003 cuando entró a regir la Ley 812 de 2003, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

▣ Edad: 55 años para hombres y mujeres

▣ Tiempo de servicios: 20 años

▣ Tasa de remplazo: 75%.

▣ Ingreso Base de Liquidación: Que comprende i) el período del último año anterior a la adquisición del estatus y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

Analizado el acervo probatorio, el Despacho encuentra que el señor EVERCELIO AVILÉS POLANÍA nació el 17 de mayo de 1958, es decir, a la fecha cuenta con 65 años de edad, y un total de **21 años, 3 meses y 26 días** de tiempo de servicios como docente, certificados al 18 de febrero de 2022.

De esta manera, el señor AVILÉS POLANÍA, el **22 de octubre de 2020**, consolidó los requisitos para acceder al reconocimiento pensional bajo la égida de lo establecido en la Ley 33 de 1985 (edad y tiempo de servicios), lo que impone acceder a las pretensiones de la demanda y tener dicha fecha como la de adquisición del estatus pensional.

Ahora, debe tenerse en cuenta que los aportes a pensión por su propia naturaleza, equivalen a tributos en clave de contribuciones parafiscales con una destinación específica que los hace imprescriptibles.

Atendiendo entonces a la naturaleza de los aportes, el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 faculta a las administradoras para que procedan a efectuar las acciones de cobro correspondientes al incumplimiento de las obligaciones del empleador, con lo que el FNPSM se encuentra inexorablemente abocado a realizar tales acciones:

“ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.”

En el presente asunto, no resulta claro si el Municipio de Planadas realizó la totalidad de pagos a los que estaba obligado como empleador, con destino al FNPSM. En atención a ello se ordenará al referido Fondo que realice su recaudo, respecto a los periodos en los que se adolezca de tal pago; pagos que deberán realizarse de manera actualizada conforme lo ordena el artículo 187 del C.P.A.C.A.

De acuerdo con lo anterior, se ordenará la anulación de la Resolución No. 3692 del 22 de julio de 2022 y en su lugar se ordenará el reconocimiento pensional con base en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, en concordancia con lo dispuesto por la Ley 62 de 1985, con efectividad a partir del 22 de octubre de 2020, fecha de adquisición del estatus pensional.

Los valores utilizados para tal efecto deberán ser actualizados a la fecha de la liquidación de la pensión. Así entonces, para efecto del ajuste de la condena, el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia dejada de percibir por el demandante por concepto de pensión de jubilación desde la fecha en que ésta se hizo exigible hasta la ejecutoria de la presente sentencia, con inclusión de los reajustes legales correspondientes a dicho período, por el guarismo

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que se causó el derecho). Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Por último, el Despacho ha de referirse a la **compatibilidad entre salario y pensión** para los docentes estatales, debido precisamente a esa condición, que de suyo implica que estos pueden percibir dos asignaciones del tesoro público como serían específicamente el salario y la pensión ordinaria de jubilación, tal como lo contempla el artículo 19, literal g) de la Ley 4.ª de 1992, así como el artículo 5º del Decreto 224 de 1992 y el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979. Lo anterior, mientras pertenezca al servicio educativo oficial únicamente.

DE LA PRESCRIPCIÓN.

El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41 estableció la regla general de los tres (3) años de prescripción frente a los derechos laborales. Posteriormente, dicha norma fue reglamentada por el Decreto 1848 de 1969 el cual en su artículo 102, estableció que los derechos laborales prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Ahora, se ha de tener en cuenta que si bien el derecho a la obtención del reconocimiento pensional es imprescriptible, no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales.

En el presente asunto encontramos que según expone el acto administrativo demandado, la petición respecto al derecho pensional se impetra el 11 de mayo de 2022. Teniendo entonces en cuenta la fecha de exigibilidad de la prestación (22 de octubre de 2020), encontramos que la reclamación se hace incluso antes de que se consolidara el derecho en cabeza del accionante, y como la interposición de la demanda se realiza el **18 de agosto de 2022**, encontramos que no hay lugar a declarar prescripción alguna.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, se condenará en costas procesales de primera instancia a la parte

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a favor del demandante, tasándose en un salario mínimo legal mensual vigente, por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 3692 del 22 de julio de 2022, en tanto negó el reconocimiento de una pensión de jubilación al demandante, bajo el régimen establecido en las leyes 33 y 62 de 1985, atendiendo a la fecha de vinculación al servicio como docente estatal del señor EVERCELIO AVILÉS POLANÍA.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, CONDÉNESE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar la pensión de jubilación a la que tiene derecho el accionante, señor EVERCELIO AVILÉS POLANÍA, conforme al régimen pensional que le es propio, esto es, el establecido en las leyes 33 y 62 de 1985, tomando el equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios previo a la adquisición del estatus pensional – 22 de octubre de 2019 al 22 de octubre de 2020- y legalmente autorizados para hacer parte del IBL, de acuerdo con lo que se indicó en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que los valores utilizados en la liquidación pensional deberán ser actualizados a la fecha de la liquidación de la pensión. Así entonces, para efecto del ajuste de la condena, el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia dejada de percibir por el demandante por concepto de pensión de jubilación desde la fecha en que ésta se hizo exigible hasta la ejecutoria de la presente sentencia, con inclusión de los reajustes legales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que se causó el derecho).

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

CUARTO: ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, ejecutar las

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00312-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Evercelio Avilés Polanía
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima
Sentencia

actuaciones interadministrativas pertinentes y necesarias para que se adelante el cobro al municipio de PLANADAS, únicamente de las sumas faltantes por concepto de cotizaciones a pensión pendientes del señor EVERCELIO AVILÉS POLANÍA (si existieren). Los valores serán actualizados conforme lo ordena el artículo 187 del C.P.A.C.A.

QUINTO: DECLARAR que el presente asunto no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

SEXTO: DECLARAR que existe compatibilidad entre salario y pensión para los docentes estatales, conforme lo contempla el artículo 19, literal g) de la Ley 4.^a de 1992, así como el artículo 5° del Decreto 224 de 1992 y el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979. Lo anterior, mientras la accionante pertenezca al servicio educativo oficial únicamente.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- por las razones expuestas con antelación, reconociéndose como agencias en derecho en favor del accionante, suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Por Secretaría, liquídense.

OCTAVO: El cumplimiento de la sentencia se registrará por lo dispuesto en los artículos 192y 195 del CPACA.

NOVENO: Ejecutoriada ésta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema SAMAI, así como la comunicación a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA

Nota: Se deja constancia de que esta providencia fue firmada en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI correspondiente a los Juzgados Administrativos del Circuito, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace:
<https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador.aspx>