



## JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, nueve (09) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2023-00267-00**  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: FLOR MARÍA YATE BOTACHE  
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 la señora FLOR MARÍA YATE BOTACHE 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-**2023-00267-00**.

#### 1. Pretensiones

Se solicita que se declare la nulidad de la Resolución No 3683 del 21 de julio de 2022, proferida por la parte demandada, mediante la cual se denegó al actor, el reconocimiento de la pensión pretendida.

A título de restablecimiento del derecho se solicita que la parte demandada reconozca y pague a la demandante la pensión de jubilación consagrada en la Ley 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985; que se condene a la parte demandada a reconocer y pagar a la parte demandante, debidamente indexadas en su valor, las sumas que dejó de percibir el actor por concepto de pensión de jubilación, desde el momento en que adquirió su status pensional, tomando como base de liquidación el 75% del promedio de lo devengado durante el último año inmediatamente anterior al de adquisición del status pensional, con la totalidad de los factores salariales devengados; que se declare la compatibilidad para recibir salario y pensión en el régimen docente y finalmente, que el fallo que se llegue a proferir se le dé cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA, condenándose en costas al extremo demandado.

#### 2. Fundamentos Fácticos.

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

1.- Que la demandante ha prestado sus servicios a favor del sector educativo en calidad de docente, desde el 1º de abril de 1995 y hasta la fecha de presentación de la

**RADICADO N°:** 73001-33-33-004-2023-00267-00  
**MEDIO DE CONTROL:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**DEMANDANTE:** FLOR MARIA YATE BOTACHE  
**DEMANDADO:** Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
**Sentencia**

demanda, lo que pone de presente que ingresó al servicio público de educación, antes del 27 de junio de 2023, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

2. Que en virtud de lo anterior, la actora tiene derecho a que su pensión de jubilación sea reconocida de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989, es decir, con 55 años de edad y 20 años de servicio, tomando como base el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional, incluyendo todos los factores salariales percibidos.

3. Que la demandante adquirió el status pensional el 12 de marzo de 2020.

4. Que la parte accionada deniega el derecho pensional pretendido, con fundamento en que el mismo se encuentra sujeto a la Ley 100 de 1993.

### **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.

Afirma que el accionante, a pesar de encontrarse actualmente escalafonado según lo dictado por el Decreto Ley 1278 de 2002, estuvo vinculado y escalafonado por primera vez antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, razón por la cual es acreedor al régimen prestacional anterior a la promulgación de esta ley.

Destaca además que el tiempo laborado por órdenes de prestación de servicios, debe ser reconocido para efectos pensionales, de acuerdo con lo señalado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en su sección segunda, CP Carmelo Perdomo Cuéter, del 25 de agosto de 2016 bajo la radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01.

### **4. Contestación de la Demanda.**

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

No contestó la demanda

## 4.2. Departamento del Tolima

Señaló que no es el responsable directo o exclusivo de haber negado la pensión reclamada por la hoy demandante, toda vez que el encargado de cumplir ese cometido es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a través de la FIDUPREVISORA S.A., y que fue este último precisamente el que dispuso negar dicha solicitud por encontrarse la actora supeditada al régimen de pensión de prima media conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y para el caso en concreto no cumplía para tal momento con el mínimo de semanas cotizadas. En cuanto a los hechos, adujo algunos eran ciertos, otros no y como excepciones formuló las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido y la genérica.

## 5. Actuación Procesal

Presentada la demanda electrónica el día 22 de junio de 2023, correspondió por reparto a este Juzgado, quien mediante auto del 31 de agosto de esa misma anualidad, luego de subsanada la falencia encontrada por parte del apoderado del extremo demandante, 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, solamente el Departamento del Tolima contestó la demanda.

Siguiendo con el discurrir procesal, mediante providencia del 23 de febrero de 2024 se procedió a fijar el litigio e incorporar las pruebas aportadas para que finalmente, a través de auto del 18 de marzo hogaño se diera traslado a las partes para que presentaran 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. Parte Demandante

Afirmó lo siguiente:

*“EN RELACION A LOS REQUISITOS MINIMOS DE LA PENSION.*

- *Mi mandante labora como docente al Servicio Público de Educación afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y ha venido prestando sus servicios desde el año 1995.*
- *La señora FLOR MARIA YATE BOTACHE ingreso al Servicio Público de Educación el 01 de ABRIL de 1995, fecha anterior, a la entrada en vigor de la Ley 812 del 2003. Razón por la cual ya se tenía una expectativa pensional y se debe respetar como lo establece el Honorable Consejo Estado.*

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2023-00267-00  
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
DEMANDANTE: FLOR MARIA YATE BOTACHE  
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
Sentencia

• Se concluye entonces, que la señora FLOR MARIA YATE BOTACHE adquirió su status pensional en el momento que cumplió con el requisito de 20 años de servicio y 55 años de edad, enmarcados en las Leyes 33 y 62 de 1985 y Ley 91 de 1989.

De acuerdo con lo anterior, la PENSION JUBILACION debe ser reconocida según lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985 y Ley 91 de 1989, es decir, 55 años de edad y 20 años de servicio, tomando como base de liquidación el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio anterior a la adquisición de su status pensional, incluyendo la totalidad de los respectivos factores salariales devengados, y recuperar la compatibilidad que debe tener entre sueldo y pensión.”

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

Refirió que:

“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.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo.

En el caso en concreto y al momento de la presentación de la demanda, el docente claramente no reúne los requisitos de edad señalados en la norma, pues el régimen aplicable es Ley 100 de 1993. Dentro del presente asunto se evidencia que la docente se afilió con posterioridad al 2004 y por tal motivo el régimen aplicable es lo indicado en los acápite anteriores”.

### **6.3. Departamento del Tolima.**

No presentó alegatos.

## **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 la actora, 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. 03683 del 21 de julio de 2022.

### **4. FONDO DEL ASUNTO.**

El fondo del presente asunto radica en establecer si la 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:

- 1.- Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante.
- 2.- Copia del acto administrativo demandado, en el que se lee:

**RADICADO N°:** 73001-33-33-004-2023-00267-00  
**MEDIO DE CONTROL:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**DEMANDANTE:** FLOR MARIA YATE BOTACHE  
**DEMANDADO:** Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
**Sentencia**

Que el (la) señor (a) FLOR MARIA YATE BOTACHE identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 39.735.379 de funza; 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) FLOR MARIA YATE BOTACHE identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 39.735.379 de funza, 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 08/06/2022, IDENTIFICADOR 2165306, la Fiduprevisora S.A niega la solicitud de Pensión de jubilación Ley 91 el (la) señor (a) FLOR MARIA YATE BOTACHE identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 39.735.379 de funza, debido a que a la fecha la docente tiene 57 años y 958 semanas cotizadas, por lo que no cumple con el requisito de 1.300 semanas de cotización para acceder a una pensión de vejez ley 100 de 1993.

Sin más consideraciones,

3.- Copia de Certificación expedida por el Secretario General y de Gobierno del Municipio de Coyaima, en la que se hace constar que la señora FLOR MARÍA YATE BOTACHE identificada con la C.C.No. 39.735.379, prestó servicios como DOCENTE en instituciones educativas del municipio, así:

**1995- COYARCO**

*Abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre*

**1996- COYARCO**

*Febrero, marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre y noviembre*

**1997 (E.R.M Alfonso López)**

*Marzo, abril, mayo, julio, agosto y septiembre*

**1998**

*Febrero (E.R.M Rosario)*

*Marzo, julio (Colegio Guillermo Angulo Gómez)*

*Agosto (E.R.M. Rosario)*

*Noviembre (Colegio Guillermo Angulo Gómez)*

**1999 (Por Cooperativa COASINTOL)**

*Del primero (1°) al siete (07) de mayo*

*Del primero (1°) al veinticinco (25) de junio*

*Del primero (1°) al seis (06) y ocho (08) de julio*

*Del primero (1°) al treinta (30) de agosto*

*Del primero (1°) al treinta (30) de septiembre*

*Del mes de octubre*

*Del primero (1°) al ocho (08) de noviembre*

**2001 (SERPROCOOP-Contrato 018A)**

*Del veintitrés (23) de julio al veintidós (22) de agosto de 2001*

*Del tres (03) al veintiocho (28) de septiembre de 2001*

*Del primero (1°) de octubre al nueve (09) de noviembre de 2001*

## **2002**

*Febrero, marzo, abril, mayo, junio del veintidós (22) de julio al veintiuno (21) de Agosto, del veinticuatro (24) al treinta (30) de agosto; (Colegio Juan Lozano Sánchez) , septiembre, octubre y noviembre (E.R.M Mesas de San Juan)*

4.- Copia de Resolución No. 00001189 del 07 de mayo de 1999 proferida por la Junata Seccional de Escalafón por medio de la cual se asciende en el Escalafón Nacional Docente a la accionante.

5.- Copia incompleta de la Resolución 0309 del 10 de marzo de 2000

6.- Copia Resolución No. 1062 del 21 de julio de 2000 proferida por el Secretario de Educación Departamental por medio de la cual se autoriza la prestación del servicio educativo en forma temporal a la docente FLOR MARÍA YATE BOTACHE en el cargo de Docente en el Coelgio Juan XXIII del Municipio de Coyaima

7.- Copia Orden de Trabajo No 085 de 2001, expedida por la COOPERATIVA DE SERVICIOS INTEGRALES Y TRABAJO ASOCIADO -SERVIFUTURO- por medio de la cual se le indica a la accionante que debe cumplir tareas inherentes al cargo de DOCENTE en el E.R.M El Rosario – ALCALDIA DE COYAIMA

8.- Copia Orden de Trabajo No 338 de 2001, expedida por la COOPERATIVA DE SERVICIOS INTEGRALES Y TRABAJO ASOCIADO – SERVIFUTURO-por medio de la cual se le indica a la accionante que debe cumplir tareas inherentes al cargo de DOCENTE en el E.R.M El Rosario – ALCALDIA DE COYAIMA

9.- Copia Orden de Trabajo No 548 de 2001, expedida por la COOPERATIVA DE SERVICIOS INTEGRALES Y TRABAJO ASOCIADO -SERVIFUTURO-por medio de la cual se le indica a la accionante que debe cumplir tareas inherentes al cargo de DOCENTE en el E.R.M El Rosario – ALCALDIA DE COYAIMA

10.- Copia contrato celebrado entre la accionante y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO – SERPROCOOP- , el día 03 de septiembre de 2001, en virtud del cual la primera prestaría servicios docentes como trabajadora en misión en el municipio de COYAIMA.

11.- Copia contrato celebrado entre la accionante y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO – SERPROCOOP- , el día 01 de octubre de 2001, en virtud del cual la primera prestaría servicios docentes como trabajadora en misión en el municipio de COYAIMA.

12.- Copia Orden de Prestación de Servicios Docentes No. 297, suscrito entre el MUNICIPIO DE COYAIMA y la señora FLOR MARÍA YATE BOTACHE en data 05 de mayo de 2002, cuyo objeto consistió en la prestación del servicio docente para el

**RADICADO N°:** 73001-33-33-004-2023-00267-00  
**MEDIO DE CONTROL:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**DEMANDANTE:** FLOR MARIA YATE BOTACHE  
**DEMANDADO:** Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
**Sentencia**

Municipio contratante en la Institución Educativa JUA LOZANO SÁNCHEZ, hasta el 21 de junio de 2002.

13.- Copia Orden de Prestación de Servicios Docentes No. 517, suscrito entre el MUNICIPIO DE COYAIMA y la señora FLOR MARÍA YATE BOTACHE en data 24 de julio de 2002, cuyo objeto consistió en la prestación del servicio docente para el Municipio contratante en la E.R.M MESAS DE SAN JUAN, hasta el 21 de agosto de 2002.

14.- Copia Orden de Prestación de Servicios Docentes No. 671, suscrito entre el MUNICIPIO DE COYAIMA y la señora FLOR MARÍA YATE BOTACHE en data 24 de agosto de 2002, cuyo objeto consistió en la prestación del servicio docente para el Municipio contratante en el E.R.M MESAS SAN JUAN, hasta el 30 de noviembre de 2002.

15.- Copia Orden de Prestación de Servicios Docentes No. 044 del 16 de junio de 2003, suscrito entre el MUNICIPIO DE COYAIMA y la señora FLOR MARÍA YATE BOTACHE cuyo objeto consistió en la prestación del servicio docente para el Municipio contratante en la E.R.M MESAS DE SAN JUAN, por el término de seis meses.

16.- Copia Formato para la Expedición de Certificado de Historia Laboral expedido por la Secretaría de Educación del Tolima que da cuenta de la vinculación en propiedad de la accionante, mediante nombramiento efectuado por **Decreto No. 0065 del 16 de febrero de 2004 con fecha de posesión el 19 de febrero de 2004**, con afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por un término de 18 años 1 mes y 04 días.

17.- Copia Formato para la Expedición de Certificado de Salarios expedido por la Secretaría de Educación del Tolima, que da cuenta de los salarios percibidos por la accionante entre el año 2008 y el año 2022.

## **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

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2023-00267-00  
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
DEMANDANTE: FLOR MARIA YATE BOTACHE  
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
Sentencia

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

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2023-00267-00  
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
DEMANDANTE: FLOR MARIA YATE BOTACHE  
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
Sentencia

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:

“(…)

*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.*

(…)” (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

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2023-00267-00  
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
DEMANDANTE: FLOR MARIA YATE BOTACHE  
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
Sentencia

tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad.

Así las cosas, con la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 - omnicompreensiva 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 1º:

*“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 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 Unificación<sup>1</sup> 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)

---

<sup>1</sup> 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°: 73001-33-33-004-2023-00267-00  
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
DEMANDANTE: FLOR MARIA YATE BOTACHE  
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
Sentencia

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”.*

## CASO CONCRETO

Empieza el Despacho por indicar que al interior del expediente se encuentra probado que la señora FLOR MARÍA YATE BOTACHE se vincula por primera vez al servicio educativo oficial en el año 1995.

El Despacho tiene en cuenta que la primera vez que se presta el servicio educativo en el sector oficial, según certificación proferida por el Secretario General y de Gobierno del Municipio de Coyaima, lo es en el año 1995, es decir, mucho antes del 27 de junio de 2003. Al efecto se evidencia también la suscripción de órdenes de prestación de servicio con el Municipio de Coyaima – Tolima, para prestar una labor docente en establecimientos educativos oficiales de dicha municipalidad, según se extracta de las copias de las órdenes de trabajo arrimadas al expediente.

Atendiendo a la existencia de órdenes de prestación de servicios, conviene resaltar que el desempeño de actividades docentes a través de contratos de prestación de servicios, implica asumir que aquella realizó actividades que no pueden considerarse diferentes a las realizadas por un docente oficial afiliado al FNPSM y por tanto, debe entenderse que la señora MOLANO DÍAZ ejerció funciones propias e inherentes a la condición de docente estatal.

Téngase en cuenta que tal y como lo ha decantado el Consejo de Estado en recientes

**RADICADO N°:** 73001-33-33-004-2023-00267-00  
**MEDIO DE CONTROL:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**DEMANDANTE:** FLOR MARIA YATE BOTACHE  
**DEMANDADO:** Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
**Sentencia**

pronunciamientos de la Sección Segunda- Subsección A<sup>2</sup>, es la primacía de la realidad sobre las formas, en aplicación de lo prescrito en el artículo 53 constitucional, la que otorga el derecho a considerarse vinculado al servicio educativo oficial en calidad de DOCENTE y en este sentido, el prestar el servicio a través de la forma de contratación a la que se aludió, no puede tenerse como criterio para denegar tal condición y menos, para hacerlo frente al reconocimiento pensional que resulte pertinente en atención a la fecha de vinculación al servicio.

Menester es recordar entonces que la Corte Constitucional en sentencia C-555 de 1994, sostuvo en su momento que, resultaba acertada *la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, de conformidad con «Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, puede [...] servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales».*

El Consejo de Estado a su turno, en línea con la anterior posición<sup>3</sup>, ha precisado que la labor del docente contratista es personal y subordinada a las exigencias del servicio público de la educación, por lo que los tiempos trabajados en esa condición pueden ser tenidos en cuenta para acceder a la pensión de jubilación:

*“...la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado”.*

Así mismo, dicha Corporación también ha señalado que no es necesario que se agote el proceso ordinario tendiente al reconocimiento de la relación laboral encubierta, para luego solicitar que dicho tiempo se tenga en cuenta para efectos pensionales, pues según expuso, podría darse el escenario en el que *se persigue el cómputo de los tiempos*

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, siete (7) de abril de dos mil veintidós (2022) y CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020) Radicación: 54001-23-33-000-2014-00363-01 (2960-2015)

<sup>3</sup> Sentencias de 4 de julio de 2019, expedientes 15001-23- 33-000-2013-00138-01 [2591-2014], 54001-23-33-000-2013-00402-01 [3853-2014] y 66001-23-33-000-2013- 00413-01 [3446-2014], C. P. Carmelo Perdomo Cuéter)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2023-00267-00  
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
DEMANDANTE: FLOR MARIA YATE BOTACHE  
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
Sentencia

laborales únicamente para efectos pensionales, y en tal sentido, estima la Sala como válido que dicha pretensión se tramite de manera conjunta dentro del proceso de reconocimiento de pensión docente, toda vez su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad, y por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda<sup>4</sup>.

Los anteriores argumentos además, son plenamente aplicables a los casos de intermediación laboral que se presentan cuando el educador fue vinculado a través de **cooperativas de trabajo asociado o incluso de contratos laborales** que encubrieron la verdadera relación laboral entre las entidades territoriales y estos trabajadores, en tanto, la labor docente por sí misma conlleva ínsita, características de dependencia y subordinación hacia el beneficiario del servicio.

Ahora bien, no obstante lo anterior, la Corporación también ha sido enfática en indicar que debe cumplirse con la carga probatoria que encierra el contrato de prestación de servicios docente, a efectos de establecer con claridad el periodo de inicio y terminación de cada contrato, su objeto, la entidad con la cual se celebró el contrato y la entidad a la cual se efectuaron los aportes pensionales, para efectos de determinar la posibilidad de perseguir la cuota parte pensional y la entidad de previsión o ente responsable de ella<sup>5</sup>.

Incluso, en reciente pronunciamiento la subsección B<sup>6</sup> de la sección Segunda del Consejo de Estado reseñó al efecto:

*“Sin embargo, se destaca que, en criterio de la sala mayoritaria, es improcedente el cómputo de los interregnos en que los profesores hayan prestado sus labores a través de contratos de prestación de servicios, **cuanto más si no demuestran haber cotizado al sistema de seguridad social, dado que tales aportes deben ser realizados en la forma y tiempo establecidos, tienen el carácter de parafiscales y son obligatorios tanto para el empleador como para el trabajador,** así como para quienes han suscrito contratos con el Estado, sin que su pago quede al arbitrio de quienes están en la obligación de efectuarlos, ni llegar a ser objeto de negociación, acuerdo o conciliación”.*

Destaca finalmente el Despacho, lo que ha concluido la Subsección B del Consejo de

---

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá D. C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020) Radicación: 54001-23-33-000-2014-00363-01 (2960-2015)

<sup>5</sup> ídem

<sup>6</sup> Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023) Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho Expediente : 76001-23-33-000-2019-00114-01 (1591-2022)

Estado en providencia del 23 de marzo de 2023:<sup>7</sup>

*“Así entonces, los criterios definidos por la Subsección en la decisión de los casos análogos al presente, se resumen en dos razones: **la primera, en que el accionante debe acreditar que realizó las cotizaciones en materia pensional durante su vinculación como contratista.** La segunda, que el proceso no haya perdido objeto como consecuencia del reconocimiento de la pensión por parte de una de las entidades demandadas, en el trámite de este.*

*Nótese que, ninguna de las sentencias citadas como precedente por parte de la demandante, contiene los mismos supuestos fácticos y jurídicos a los que aquí se hacen referencia. Sobre el particular, debe decirse que las situaciones de hecho iguales deben decidirse conforme con la misma solución jurídica que ha previsto el órgano de cierre de cada jurisdicción, a menos que el juez competente exprese razones serias y suficientes para apartarse del precedente.*

*En cuanto a la regla de vinculación del precedente judicial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que esa sujeción no es absoluta, pues no se puede desconocer la libertad de interpretación que rige la actividad judicial. Simplemente se busca armonizar y salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica para que asuntos con supuestos facticos y jurídicos idénticos se decidan de la misma forma.*

*Pues bien, de acuerdo con los criterios previamente establecidos por la Sala para la resolución de casos análogos, se procede a aplicar el método deductivo o silogístico, **verificando si en este caso, en primer lugar, la señora Bertha Ligia Mantilla Ramírez logró acreditar la realización de aportes pensionales mientras estuvo vinculada como docente mediante contrato de prestación de servicios y, si el presente proceso la accionante cuenta con una pensión de jubilación reconocida.***

*Visto lo anterior, de acuerdo con el material probatorio aportado, la Sala evidencia que la señora Bertha Ligia Mantilla Ramírez, pese a que allegó una certificación con los contratos suscritos con la entidad territorial, **no acreditó haber realizado aportes a seguridad social sobre estos (...)***

*En este punto, es menester precisar que el legislador ha impuesto la obligatoriedad de realizar aportes parafiscales a pensión, **a fin de que la entidad de previsión obligada pueda pagar sin detrimento patrimonial las***

---

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, veintitres (23) de marzo de dos mil veintitres (2023), radicado 52001-23-33-000-2013-00202-01 , N° Interno 3639-2015

***prestaciones que por ley debe reconocer, entre ellas, las pensiones, en consonancia con el principio de sostenibilidad financiera del sistema y solidaridad, en razón de los aportes a los que aquellos están obligados***<sup>8</sup>. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Con base primordialmente en lo expuesto por la subsección B de la sección segunda del Consejo de Estado en los precitados pronunciamientos, el Despacho había venido exigiendo a los accionantes, la acreditación de aportes a seguridad social en pensiones sobre el tiempo laborado a través de acuerdos contractuales de prestación de servicios, para poder validar el mismo y darle connotaciones prestacionales. Sin embargo, ha partir del fallo proferido dentro de la radicación 2023-00045, adiado 27 de septiembre de 2023, el Despacho varió su postura en atención a lo siguiente:

- ***La obligación de cotizar al sistema de seguridad social en pensiones de por parte de los contratistas del Estado solamente surge a partir de la expedición de la Ley 789 de 2002***

Efectivamente, antes de la expedición de la Ley 789 de 2002 (27 de diciembre) no existía norma legal que autorizara y conminara a los contratistas del Estado a realizar aportes obligatorios al sistema de pensiones<sup>9</sup>. Incluso la Ley 100 de 1993 no lo previó inicialmente así, considerando en su artículo 15 que, los trabajadores independientes, apenas si ostentaban la calidad de afiliados voluntarios al sistema.

El artículo 50 de la Ley 789 de 2002 impuso por primera vez tal obligación en los siguientes términos:

***“ARTÍCULO 50. CONTROL A LA EVASIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.***

*En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos*

---

<sup>8</sup> Sobre el particular, ver la sentencia del 18 de febrero de 2021 con Radicado núm. 81001-23-33-000-2013-00012-02 (4163-2014).

<sup>9</sup> El decreto 758 de 1990, por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, contemplaba a los trabajadores independientes como afiliados facultativos al seguro social.

*recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento*

*(...)" (Subrayas del despacho)*

Luego, dicho imperativo vino a refrendarse con la expedición de la Ley 797 de 2003 (enero 29), al modificarse el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 y establecer como afiliados obligatorios a los contratistas del Estado:

**"ARTÍCULO 3o.** *El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, quedará así:*

*Artículo 15. Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:*

*1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.*

*(...)" (Subrayas fuera de texto)*

Entonces, si bien entiende el Despacho que la posición de la subsección B se encuentra encaminada primordialmente a garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, no es menos cierto que la exigencia de realización de aportes por parte del entonces contratista, respecto a contratos suscritos antes de la entrada en vigencia de la ley 789 de 2002 (27 de diciembre de 2002), no tiene asidero jurídico e impondría una carga desproporcionada al trabajador que, además de verse sometido a las condiciones de una relación laboral encubierta, encuentra una talanquera injustificada a la hora de definir sus derechos pensionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, el despacho validará el tiempo total de vinculación contractual como docente al servicio del Municipio de Coyaima así como el tiempo que se laboró mediante intermediación laboral.

El siguiente cuadro ilustra el tiempo total de vinculación según lo decantado en el acápite de hechos probados:

Tipo de Vinculación	Entidad Territorial /Otro	Término	Documental
Sin constancia	Municipio de Coyaima	1995 – ocho (08) meses	Certificación
Sin Constancia	Municipio de Coyaima	1996 – nueve (09) meses	Certificación
Sin Constancia	Municipio de Coyaima	1997 – seis (06) meses	Certificación
Sin Constancia	Municipio de Coyaima	1998 – cinco (05) meses	Certificación
Sin Constancia	Municipio de Coyaima	1999 – 138 días	Certificación
Legal y reglamentaria	Departamento del Tolima	2000- tres (03) meses	Copia resolución sin

**RADICADO N°:** 73001-33-33-004-2023-00267-00  
**MEDIO DE CONTROL:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**DEMANDANTE:** FLOR MARIA YATE BOTACHE  
**DEMANDADO:** Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
**Sentencia**

			acto de posesión
Trabajador Asociado	Cooperativa SERPROCOOP	2001 – 64 días	Certificación y Copia Acuerdo Individual Cooperativo
Trabajador Asociado	Cooperativa SERVIFUTURO	2001 marzo	Copia Orden Trabajo 085 de 2001
Trabajador Asociado	Cooperativa SERVIFUTURO	2001- 2 meses <sup>10</sup>	Copia Orden Trabajo 338 de 2001
Trabajador Asociado	Cooperativa SERVIFUTURO	2001- un (01) mes y siete (07) días	Copia Orden Trabajo de 2001
Orden Prestación de Servicios	Municipio de Coyaima	2002 – nueve (09) meses seis (6) días	Certificación y copia Órdenes de prestación Servicios Nos. 297, 517 y 671 de 2002
Orden Prestación de Servicios	Municipio de Coyaima	2003 – seis (06) meses	Copia de Orden prestación de Servicios Nos.044 de 2003
Legal y Reglamentaria	Departamento del Tolima	Del 19-02-2004 al 22-03-2022 18 años, 1 mes y 4 días	Certificación historia laboral
	<b>TOTAL LABORADO</b>	<b>22 años 7 meses y 9 días</b>	

El Despacho señala que no puede validar el tiempo que se aduce fue laborado en el año 2000 al servicio del municipio de Coyaima, bajo una pretendida vinculación legal y reglamentaria, en atención a que si bien se aporta acto administrativo de nombramiento, no hay constancia de posesión en el cargo y además, la certificación expedida por el Secretario de Gobierno de la municipalidad no hace referencia a tiempo de servicio como docente en dicha anualidad.

De esta manera, atendidos la fecha en la que inicia el vínculo laboral en el servicio educativo oficial – 1995 - debemos concordar en que el régimen pensional aplicable a la accionante corresponde al determinado en la Ley 33 de 1985.

Ahora, sumados los tiempos de vinculación contractual, los laborados bajo intermediación laboral y los prestados a través de una vinculación legal y reglamentaria como docente, encontramos que la accionante comprueba un tiempo total de servicios certificados al 22 de marzo de 2022, correspondiente a **22 años 7 meses y 9 días**.

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

<sup>10</sup> Periodo del 23 de julio al 22 de agosto de 2001 reportado por la Alcaldía de Coyaima como laborado con la Cooperativa de Trabajo Asociado SERPROCOOP.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2023-00267-00  
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
DEMANDANTE: FLOR MARIA YATE BOTACHE  
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
Sentencia

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 1° 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”.*

Analizado el acervo probatorio, el Despacho encuentra que la señora FLOR MARÍA YATE BOTACHE nació el 12 de marzo de 1965 es decir, a la fecha cuenta con más de 59 años de edad, y un total de **22 años, 07 meses y 9 días** de tiempo de servicio como docente, certificados al 22 de marzo de 2022; tiempo dentro del cual se encuentran contabilizados los laborados mediante vinculación a través de órdenes de prestación de servicio, intermediación laboral así como a través de la relación legal y reglamentaria con aportes al FNPSM.

De esta manera, la señora YATE BOTACHE el día **12 de marzo de 2020** consolidó los requisitos para acceder al reconocimiento pensional bajo la égida de lo establecido en la Ley 33 de 1985, lo que impone acceder a las pretensiones de la demanda y tener dicha fecha como la de **adquisición del estatus pensional**.

Ahora, en cuanto a la autoridad obligada a realizar el pago de los aportes respectivos en casos donde se evidencian relaciones laborales encubiertas por contratos de prestación de servicios docentes, la misma intelección de la sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 N.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado, dicta que el sujeto responsable de tal carga inexorablemente debe ser quien ocultó dicho vínculo de trabajo, el cual para el asunto de marras sería efectivamente el

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2023-00267-00  
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
DEMANDANTE: FLOR MARIA YATE BOTACHE  
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
Sentencia

Municipio de Coyaima.

Empero, ante su ausencia como demandado o vinculado en la presente actuación en calidad de posible litisconsorte facultativo, no podría impartirse una orden directa a aquella entidad territorial (municipios de Coyaima) tendiente a que realice los giros respectivos por el mentado concepto. Al margen de esta consideración, 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 como se anunció en la sentencia reseñada anteriormente.

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.”*

Con base en ello, su recaudo puede decretarse en cualquier momento de manera actualizada en las proporciones que tanto al trabajador como al empleador le habrían correspondido durante el período en el que se ocultó la relación laboral, a fin de que la entidad de previsión obligada pueda pagar sin detrimento patrimonial la prestación reconocida. Esto se sustenta con base en la misma providencia de unificación precitada que previó lo siguiente: *«[...] la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. [...]»*

De este modo, si bien el municipio reseñado se encontraba obligado al pago de los aportes derivados de la relación laboral encubierta, debe tenerse en cuenta que estos implican una carga compartida entre el empleador y el trabajador, por lo que efectivamente tendrá que seguirse la regla prevista en la jurisprudencia aludida, en el sentido de que el FNPSM deberá verificar mensualmente si se presenta alguna diferencia entre los aportes efectuados por la entonces contratista durante el tiempo en el cual se presentó la relación laboral encubierta dentro de sus respectivos intervalos o duración de los contratos. De esta manera, en atención a que el ente territorial aludido no se encuentra vinculado a la actuación, pero debe primar el principio de sostenibilidad financiera del sistema en razón de los aportes a los que aquel estaba

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2023-00267-00  
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
DEMANDANTE: FLOR MARIA YATE BOTACHE  
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
Sentencia

obligado, se ordenará al FNPSM, ejecutar las actuaciones interadministrativas pertinentes y necesarias para que se adelante el cobro al municipio respectivo, solo en el porcentaje que le habría correspondido a la referida autoridad como empleador de aquella, esto por los períodos durante los cuales se evidenció una relación laboral subrepticia basada en sendas relaciones contractuales y/o intermediación laboral.

La entidad demandada FNPSM se encuentra entonces facultada para recaudar el valor de las cotizaciones y de las cuotas partes a que haya lugar, de acuerdo con el término de duración de cada vinculación en particular y las sumas pactadas en cada una de ellas, cuyos valores serán actualizados conforme lo ordena el artículo 187 del C.P.A.C.A.

De acuerdo con lo anterior, se ordenará la anulación del acto administrativo distinguido como **Resolución No. 03683 del 21 de julio de 2022** y en su lugar se ordenará el reconocimiento pensional con base en el 75% del promedio de los factores sobre los cuales se realizaron aportes en el último año de servicio, en concordancia con lo dispuesto por la Ley 62 de 1985, con efectividad a partir del **12 de marzo de 2020**, fecha de adquisición del estatus pensional.

En este punto es pertinente señalar que a través del **Decreto 1566 de 2014** se creó la denominada **Bonificación mensual docente**, y se determinó en su artículo primero que aquella constituiría factor salarial para todos los efectos legales, aclarándose *que “los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes”*.

En lo que atañe a la **Bonificación pedagógica**, creada a través del **Decreto 2354 del 19 de diciembre de 2018**, encontramos que el decreto de creación señaló:

*“Artículo 2. Creación de la bonificación pedagógica. Créase la Bonificación Pedagógica para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación, la cual será cancelada a partir del año 2018 en los términos que a continuación se señalan:*

*1. En el año 2018, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 6% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.*

*(...)*

*Artículo 3°. Criterios para liquidar y reconocer la bonificación pedagógica. Para liquidar y reconocer la Bonificación Pedagógica, de que trata el artículo anterior se tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

*1. La Bonificación Pedagógica se pagará una sola vez al año, en los porcentajes del presente decreto.*

*2. La Bonificación Pedagógica se reconocerá y pagará cuando el docente y directivo docente cumpla un año continuo de servicios efectivamente prestado.*

*3. La Bonificación Pedagógica se liquidará sobre la asignación básica mensual que el docente y directivo docente esté devengando para la fecha de causación de la Bonificación.*

**4. La Bonificación Pedagógica constituye factor salarial para todos los efectos legales.**

*5. La Bonificación Pedagógica no tendrá efectos retroactivos por ninguna consideración.*

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2023-00267-00  
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
DEMANDANTE: FLOR MARIA YATE BOTACHE  
DEMANDADO: Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
Sentencia

**Parágrafo 1°.** *El primer pago de la Bonificación Pedagógica se realizará en el mes de diciembre de 2018 en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 2° del presente decreto a los docentes y directivos docentes que hayan laborado un (1) año continuo de servicios efectivamente prestado". (Negritas y subrayas fuera de texto)*

Analizados los certificados de salarios arrojados al expediente, encontramos que la accionante percibió en el último año de servicios anterior a la adquisición de su estatus pensional (12 de marzo de 2019 al 12 de marzo de 2020), los siguientes emolumentos:

*Asignación básica  
Bonificación mensual docente  
Bonificación pedagógica  
Prima de Navidad  
Prima de Servicios  
Prima de vacaciones docente  
HE Jornada única Etnoeducador ET3 y ET4*

En ese orden de ideas, a la demandante le asiste derecho a que se le reconozca, liquide y pague la pensión de jubilación a que tiene derecho, de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y Leyes 33 y 62 de 1985, con base en el 75% con el promedio de los factores sobre los cuales hizo aportes, tales como la **asignación básica**, que se encuentra establecida en la Ley 62 de 1985, la **bonificación mensual docente**, establecida en artículo 1° de Decreto 1566 de 2014 y la **bonificación pedagógica** establecida en el artículo 2° del **Decreto 2354 del 19 de diciembre de 2018**

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 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.

Dentro de las consideraciones finales 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 5° del Decreto 224 de 1992 y el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979. Lo anterior,

**RADICADO N°:** 73001-33-33-004-2023-00267-00  
**MEDIO DE CONTROL:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**DEMANDANTE:** FLOR MARIA YATE BOTACHE  
**DEMANDADO:** Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
**Sentencia**

mientras pertenezca al servicio educativo oficial únicamente.

Finalmente, **en relación con la entidad territorial certificada**, debe indicarse que, en virtud de lo establecido en el Decreto 1075 de 2015 en concordancia con lo establecido en el Decreto 942 de 2022, aquella, a través de su Secretaría de Educación y en asuntos como el que nos convoca, actúa solamente como canal o instrumento para el trámite de las solicitudes, encontrándose sin embargo el reconocimiento y pago de la prestación solicitada a cargo exclusivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues pese a que, son aquellas dependencias de la entidad territorial las encargadas de elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, estos siempre *deberán contar con la aprobación previa de la liquidación respectiva por parte de la sociedad fiduciaria, so pena de incurrir en las responsabilidades de carácter disciplinario, fiscal y penal correspondientes.*

En consideración a esto, el Despacho **DECLARARÁ PROBADA la EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA a FAVOR DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.**

### **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 la accionante solicita el reconocimiento y pago de la prestación el 20 de abril de 2022 y teniendo entonces en cuenta la fecha de exigibilidad de la prestación (12 de marzo de 2020), encontramos que la reclamación se hace en término y, como la interposición de la demanda se realiza el **22 de junio de 2023**, 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°:** 73001-33-33-004-2023-00267-00  
**MEDIO DE CONTROL:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**DEMANDANTE:** FLOR MARIA YATE BOTACHE  
**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** probada la EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA a FAVOR DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo distinguido como Resolución No. 03683 del 21 de julio de 2022, en tanto negó el reconocimiento de una pensión de jubilación a la demandante, bajo el régimen establecido en las leyes 33 y 62 de 1985, atendiendo a la fecha de vinculación al servicio como docente estatal de la señora FLOR MARÍA YATE BOTACHE.

**TERCERO:** 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 la accionante, señora FLOR MARÍA YATE BOTACHE, 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 sobre los cuales se realizaron aportes durante el último año de servicios previo a la adquisición del estatus pensional – 12 de marzo de 2019 al 12 de marzo de 2020- y legalmente autorizados para hacer parte del IBL, de acuerdo con lo que se indicó en la parte motiva de esta decisión.

**CUARTO: ORDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION – 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).

**RADICADO N°:** 73001-33-33-004-2023-00267-00  
**MEDIO DE CONTROL:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**DEMANDANTE:** FLOR MARIA YATE BOTACHE  
**DEMANDADO:** Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
**Sentencia**

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.

**QUINTO:** ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, ejecutar las actuaciones interadministrativas pertinentes y necesarias para que se adelante el cobro al municipio de Coyaima, únicamente de las sumas faltantes por concepto de cotizaciones a pensión pendientes de la señora FLOR MARÍA YATE BOTACHE (si existieren), de acuerdo con el término de duración de cada vinculación en particular (órdenes de trabajo e intermediación laboral) y las sumas pactadas en cada una de ellas, sólo en el porcentaje que le habría correspondido a la referida autoridad como empleador de aquella. Los valores serán actualizados conforme lo ordena el artículo 187 del C.P.A.C.A.

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

**SÉPTIMO: DECLARAR** que existe compatibilidad entre salario y pensión para los docentes estatales, conforme lo contempla el artículo 19, literal g) de la Ley 4.<sup>a</sup> 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.

**OCTAVO: 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 de la accionante, suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Por Secretaría, liquídense.

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

**DÉCIMO:** RECONOCER personería adjetiva al Dr. MARTIN ORLANDO MENDEZ AMADOR para que represente los intereses de la parte demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de acuerdo con el poder general que le fuera otorgado y a la Dra. DIANA MARÍA HERNÁNDEZ BARRETO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.022.383.288 y T.P.No. 290.488 como apoderada sustituta, en los términos y para los efectos del poder que al efecto le fuera conferido por el apoderado general.

**DÉCIMA PRIMERA:** Ejecutoriada ésta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema SAMAI, así como

**RADICADO N°:** 73001-33-33-004-2023-00267-00  
**MEDIO DE CONTROL:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**DEMANDANTE:** FLOR MARIA YATE BOTACHE  
**DEMANDADO:** Nación- Min educación - Fomag y Departamento del Tolima  
*Sentencia*

la comunicación a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO**  
**JUEZA**