



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, siete (7) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado	73001-33-33-006-2022-00030-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	YOLANDA RIVERA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG
ASUNTO:	SENTENCIA-RECONOCIMIENTO PENSIÓN

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 182 A y 187 del C.P.A.C.A. adicionado por la Ley 2080 de 2021, se procede a dictar sentencia anticipada en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora **YOLANDA RIVERA** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG**

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del oficio TOL 2021EE033874 del 20 de septiembre de 2021, por medio del cual la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Departamento del Tolima dio respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

1.2 Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la accionada a reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación en favor de la señora Yolanda Rivera en los términos de la Ley 91 de 1989, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 33 y 62 de 1985, esto es, con el 75% del promedio de lo devengado en el último año anterior a la adquisición del status pensional, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados.

1.3 Que se condene al pago de las anteriores sumas debidamente indexado.

1.4 Que se reconozca la compatibilidad en pensión y sueldo que cobija a los docentes con vinculación anterior a la expedición de la Ley 812 de 2003.

1.5 Que la demanda reconozca y pague el ajuste de valor con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria de conformidad con el artículo 187 del CPACA.

1.6 Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.7 Que se condene en costa a las accionadas.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1 Que la demandante labora como docente al servicio público de Educación del Departamento del Tolima, afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y ha prestado sus servicios, así:

ENTIDAD	DESDE	HASTA
MUNICIPIO DE LÍBANO	20/05/1992	30/11/1992
	23/03/1993	22/04/1993
	23/04/1993	22/05/1993
	21/07/1993	30/11/1993
	01/05/1994	30/09/1994
	02/05/1995	30/11/1995
	01/03/1996	31/10/1996
	01/03/1997	31/11/1997
	01/03/1998	30/11/1998
	01/05/1999	30/11/1999
	04/04/2000	
	01/03/2001	16/07/2001
	17/07/2001	30/11/2001
	15/04/2002	15/05/2002
	17/05/2002	17/06/2002
	21/06/2002	21/07/2002
	26/07/2002	25/08/2002
	26/08/2002	25/09/2002
	26/09/2002	25/10/2002
	26/10/2002	30/11/2002
DEPARTAMENTO DEL TOLIMA	3/04/2003	12/09/2003
	29/04/2004	17/06/2005
DEPARTAMENTO DEL TOLIMA	07/06/2007	A LA FECHA

2.2 Que la demandante ingresó al servicio público de educación desde el 20 mayo de 1992, es decir, antes del 27 de junio de 2003, que entró en vigencia la Ley 812, por lo tanto, su pensión jubilación debe ser reconocida conforme lo establece la Ley 33 y 62 de 1985, esto es, 55 años de edad y 20 años de servicio, calculando el ingreso base de liquidación con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio anterior a la adquisición del status pensional, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados, y respetando la compatibilidad entre sueldo y pensión.

2.3 Que la actora cumplió su status pensional el 02 de marzo de 2020.

2.4 Que la accionada niega reconocer la pensión argumentando que por la fecha de vinculación ésta debe liquidarse conforme lo señala la ley 812 de 2003, lo cual desconoce los tiempos laborados por la demandante a través de órdenes de prestación de servicios suscritas con el municipio de Líbano desde el 20 de mayo de 1992 hasta el 30 de noviembre de 2002 y con el Departamento del Tolima, del 30 de abril de 2003 hasta el 17 de junio de 2005.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

Indicó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que de acuerdo con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, tienen los derechos pensionales consagrados para el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003; en virtud a ello, tomando en consideración la fecha de vinculación de la accionante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicho régimen pensional es el que le aplica.

Por lo anterior, solicita se desestimen todas y cada una de las pretensiones de la demanda por el régimen aplicable a la parte actora no es otro que señalado la Ley 100 de 1993.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Demandante²

En sus alegaciones finales, el apoderado de la parte actora reiteró los argumentos esbozados en la demanda, solicitando en consecuencia se acceda a las pretensiones.

En ese sentido, explicó que la demandante se vinculó al servicio público de educación antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por ello, le es aplicable el régimen previsto en la Ley 33 y 62 de 1985 para el reconocimiento pensional solicitado, refiriendo que el régimen pensional de prima de media de la Ley 812 de 2003, aplica solo para aquellas personas que se vinculen por primera vez en vigencia de ella, lo que no ocurrió en el presente asunto pues la actora para desde el año de 1992 viene vinculada como docente.

Reiteró que la demandante cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la Ley 91 de 1989, como quiera que cuenta con más de 55 años de edad y 20 años de servicio, toda vez, que nació el 23 de junio de 1966, presta sus servicios como docente desde el 20 de mayo de 1992, y se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Luego de transcribir apartes de providencias proferidas por el Consejo de Estado, concluyo que la demandante tiene derecho a que se tenga en cuenta todo el tiempo laborado y, a percibir de manera simultánea la pensión y el salario.

¹ Índice 0216 expediente electrónico SAMAI AZURE

² Archivo 026 expediente electrónico SAMAI AZURE

4.2 Demandada³

En la oportunidad procesal presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos planteados en la contestación de la demanda, e insistiendo que no es posible el reconocimiento de una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 y 62 de 1985, por cuanto la vinculación al servicio docente se produjo con posterioridad a la fecha en que entró en vigencia de la Ley 812 de 2003.

En tal sentido, reiteró que la demandante se vinculó como docente oficial en provisionalidad a través de nombramientos efectuados el 29 de abril de 2004 y 7 de junio de 2007, por tanto, el régimen aplicable es el contemplado en artículo 33 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Procede el despacho a determinar ¿Sí, la señora YOLANDA RIVERA, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en las leyes 33 y 62 de 1985, por estar cobijada por los beneficios de la Ley 91 de 1989, al haberse vinculado como docente con anterioridad al año 2003 y teniendo en cuenta como requisito de tiempo de servicio lo laborado a través de contratos de prestación de servicios a diferentes entidades estatales como docente, o si por el contrario, el régimen dado por la fecha de vinculación es el contenido en la Ley 100 de 1993 y 812 de 2003?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1 Tesis de la parte accionante

Considera que la demandante tiene derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, porque se vinculación fue anterior a la fecha de expedición de la Ley 812 de 2003, lo que implica que su situación pensional queda cobijada por el régimen anterior al establecido en dicha norma, esto es, la Ley 91 de 1989 y como consecuencia la 33 y 62 de 1985.

Argumentó que el tiempo trabajado por la demandante bajo la modalidad de orden de prestación de prestación de servicios, es computable y se debe tener en cuenta como tiempo para el reconocimiento de la pensión.

6.2 Tesis parte accionada

Considera que deben negarse las pretensiones de la demanda, como quiera que la vinculación al FOMAG se dio el 1 de enero de 2007, por tanto, su situación pensional debe regirse por lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y no lo señalado en la Ley 33 de 1985, por no cumplir con los requisitos señalados en esta última.

³ Indice0029 expediente electrónico SAMAI AZURE

6.2 Tesis del despacho

Se negarán las pretensiones de la demanda, pues pese a que la accionante es beneficiaria de lo normado en la Ley 91 de 1989 y por ende de la normativa pensional de los empleados públicos del orden nacional, no se acreditó que cumpliera con el requisito exigido por la Ley 33 de 1985, relacionado con los 20 años de servicio público, pues según lo probado, para la fecha de presentación de la demanda contaba con un total computable de 18 años y 7 meses.

7. MARCO JURÍDICO

7.1 Del régimen pensional docente

El Decreto Ley 2277 de 1979 estatuto docente, comprende un régimen especial para los educadores, pese a ello dicha normativa no contiene la regulación del reconocimiento de las pensiones para dicho personal a cargo del Estado por lo que deberá acudir a las normas posteriores que desarrollaron el mencionado régimen especial.

En virtud del proceso de nacionalización, La Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como cuenta especial de la Nación encargada de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que estuvieren vinculados a la fecha de promulgación de dicha Ley y, de los que se vinculen con posterioridad a ella.

Y sobre el tema que nos ocupa, dispuso:

“ (...)

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:

“...”

2. Pensiones

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

*Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y **para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. (negrillas fuera de texto)***

De lo anterior, se extrae que el régimen pensional de los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, es el consagrado para los pensionados del sector

público, es decir, la Ley 33 de 1985, que se encontraba vigente para el momento de la expedición de la Ley 91 ya mencionada.

Posteriormente, se expide la Ley 100 de 1993, que en el inciso 2° del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó *“Así mismo, se exceptúan 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...”*.

En este orden, la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, señaló:

“Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

Por su parte, la Ley 812 de 2003, en su artículo 81 sobre el régimen prestacional de los docentes oficiales, señala:

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

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

Sobre el régimen aplicable a los docentes, el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, en relación con el régimen pensional dispuso:

“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”.

Como puede observarse en materia de pensión de jubilación, los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados con anterioridad al año 2003, es el establecido en las normas vigentes con anterioridad al 27 de junio de esa anualidad, y en lo que se refiere a los docentes vinculados con posterioridad les resulta aplicable el régimen pensional de prima media establecido en la Ley 100 de 1993.

Es importante precisar que ninguna de las normas antes mencionadas consagró de manera específica un régimen especial para el reconocimiento de las pensiones de los docentes vinculados con anterioridad al año 2003, por lo que el régimen pensional de dichos educadores es el establecido para los empleados públicos del

orden nacional.

Por otra parte, es necesario indicar que el artículo 1º de la Ley 33 de 1985⁴ -Vigente al momento en que se expidió la Ley 91 de 1989 y, aplicable a los docentes por remisión expresa de la misma disposición, señala:

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

(...)”

Por su parte, la Ley 62 de 1985⁵, establece:

“ARTÍCULO 1º. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: 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. 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.”* (negrillas propias)

Finalmente, en lo que respecta a los requisitos para obtener la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, precisa indicar que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, establece una cotización mínima de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, las cuales, a partir del 1 de enero de 2005, se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006, se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas para el año 2015. De acuerdo con el párrafo 1º, para efecto del cómputo de semanas, se tendrá en cuenta:

“ARTÍCULO 33. *Requisitos para Obtener la Pensión de Vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

“...”

PARÁGRAFO 1. *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrán en cuenta:*

- a) *El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;*
- b) *El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados;*

⁴ *Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”*

⁵ *“Por la cual se modifica el artículo 3 de la Ley 33 del 29 de enero de 1985”.*

c) *El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente Ley;*

d) *El número de semanas cotizadas a cajas provisionales del sector privado que tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión:*

e) *Derogase el parágrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988.*

f) *En los casos previstos en los literales c) y d), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora.”*

7.2 Del ingreso base de liquidación en pensión de jubilación y vejez de los docentes- sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019

El Consejo de Estado – Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, con ponencia del consejero César Palomino Cortés, sobre los regímenes pensionales y la aplicación de cada uno de ellos al momento de reconocer la pensión de jubilación de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló:

“7. Los argumentos hasta aquí señalados por la Sala se resumen de la siguiente manera:

RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES VINCULADOS AL SERVICIO PÚBLICO EDUCATIVO OFICIAL	
ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005	
Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985	Régimen pensional de prima media
Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.	Para los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003
Normativa aplicable	Normativa aplicable
<ul style="list-style-type: none"> • Literal B, numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 • Ley 33 de 1985 • Ley 62 de 1985 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 81 de la Ley 812 de 2003 • Ley 100 de 1993 • Ley 797 de 2003 • Decreto 1158 de 1994
Requisitos	Requisitos
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 55 años (H/M) ✓ Tiempo de servicios: 20 años 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Edad: 57 años (H/M) ✓ Semanas de cotización: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003
Tasa de reemplazo - Monto	Tasa de reemplazo - Monto

<u>75%</u>		65%-85%⁶ (Artículo 34 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003).	
Ingreso Base de Liquidación – IBL		Ingreso Base de Liquidación – IBL	
Periodo	factores	Periodo	Factores
Último año de servicio docente (literal B numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 / artículo 1º de la ley 33 de 1985)	<ul style="list-style-type: none"> ♣ asignación básica ♣ gastos de representación ♣ primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación ♣ dominicales y feriados ♣ horas extras ♣ bonificación por servicios prestados ♣ trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (Artículo 1º de la Ley 62 de 1985) <hr/> De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 los docentes a quienes se les aplica este régimen, gozan de un esquema propio de cotización sobre los factores enlistados.	El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión	<ul style="list-style-type: none"> ♣ asignación básica mensual ♣ gastos de representación ♣ prima técnica, cuando sea factor de salario ♣ primas de antigüedad ascensional de capacitación cuando sean factor de salario ♣ remuneración por trabajo dominical o festivo ♣ bonificación por servicios prestados ♣ remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna (Decreto 1158 de 1994)

En ese sentido, fijó la siguiente regla de unificación:

“...La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

a. 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.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones

⁶ “Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993”.

7.3 De la inclusión de los tiempos de servicios laborados a través de contratos de prestación de servicios para efectos pensionales

Debe señalarse en primer lugar, que el Consejo de Estado – Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, en lo que tiene que ver con la vinculación del personal docente a través de contratos de prestación de servicios concluyó:

“(…) de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que 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 trabajan, 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.

(…)

Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad”.

Frente al tiempo de servicios prestados a través de contratos u ordenes de prestación de servicios, para efecto pensionales, el Consejo de Estado, ha señalado que los mismos deben ser tenidos en cuenta.

Específicamente y en sentencia reciente señaló⁷:

“Hasta este punto, tanto lo probado en la actuación como la sola naturaleza de las funciones ejercidas por la demandante durante el tiempo que celebró contratos de prestación de servicios con la parte apelante, dan cuenta de que en observancia del principio de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 Constitucional y sin necesidad de concederle la calidad de empleada pública per se, aquella sí puede ser considerada como una docente oficial a lo largo del lapso aludido en virtud de la etimología propia de dicha ocupación. Por este motivo, también es válido estimar que efectivamente el período

⁷ C.E, Sección Segunda, Subsección A., Sentencia del 18 de febrero de 2021, Exp. 81001 23 33 000 2013 00012 02 (4163-14, CP. Dr. William Hernández Gómez

precitado corresponde al de una relación de trabajo, en tanto se consolidaron sus elementos constitutivos, así como lo concluyó el a quo.

En suma, para el caso sub iudice la decisión de primera instancia únicamente implica tener el período durante el cual subsistió la enervada relación contractual, como tiempo de servicio efectivamente laborado y acumulable en materia de acreditación de requisitos para acceder al reconocimiento de una pensión de jubilación, sobre el cual efectivamente debieron efectuarse las respectivas cotizaciones”.

Dicha Corporación en la misma providencia dijo:

“(…) a lo largo del período en el que la demandante se desempeñó como docente del Departamento de Arauca vinculada mediante contratos de prestación de servicios, efectivamente se consolidó una relación de trabajo que para efectos pensionales como esta lo deprecó en la demanda y como fue fijado al momento de determinar el litigio, conlleva el imperioso cómputo de dicho lapso en el cálculo del tiempo de servicio acumulado de 20 años que se prevé como requisito para acceder a la pensión de jubilación conforme el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, ello sin que hubiese sido necesario la declaratoria administrativa o judicial previa de tal situación. Bajo este entendido y luego de verificar el cumplimiento de las exigencias de la norma en cita, se encuentra que la libelista sí consolidó el derecho a la referida prestación, tal como lo estimó el a quo.

Sobre este mismo asunto, analizó⁸:

“... A manera de colofón de estas precisiones, la Subsección encuentra ajustada a la realidad jurídica y jurisprudencial del caso, el tener como demostrada a favor de la libelista la prestación de servicios propios de una docente oficial por el tiempo que se ejecutaron los contratos respectivos celebrados entre aquella y el municipio de Armenia. Ello en atención a que los mentados vínculos contractuales, en esencia lo que consolidaron fue una relación laboral subrepticia que implica tener en cuenta su vigencia para efectos de acumular ese lapso al período de labores de la demandante como educadora estatal y por ende que se deriven las consecuencias, que en lo que respecta al marco normativo aplicable le correspondían en virtud de dicha calidad, tal como fue deprecado en la demanda.

No obstante, debe resaltarse que tanto las pretensiones formuladas, así como el litigio fijado, limitaron los efectos de la referida situación, solo a los impactos que en lo atinente al derecho a la pensión conlleva esta evidencia de una relación laboral oculta, y no al reconocimiento de otro tipo de prestaciones o derechos derivados de un vínculo laboral asimilable al legal y reglamentario que detentan los docentes oficiales, pues ello no había sido materia de discusión”.

De otro lado, y en cuanto a la entidad que debe responder por el reconocimiento de la prestación, es claro que la entidad encargada de ello y el pago de las prestaciones de los docentes, únicamente es la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, esto atendiendo lo establecido en los artículos 4 y 5 de la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989.

8. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación

⁸ C.E, Sección Segunda, Subsección A., Sentencia del 7 de abril de 2022, Exp. 2018 00184 01 CP. Dr. William Hernández Gómez

conforme lo señala la Ley 33 y 62 de 1985, es decir, a partir del 2 de marzo de 2020, sin exigir el retiro definitivo del cargo, en compatibilidad con el salario en la docencia.

8.1 Hechos probados jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
<p>1. Que la demandante nació el 23 de junio de 1966, y prestó sus servicios como docente, así:</p> <p>-En el municipio de Líbano como educador en primaria en los siguientes planteles</p> <ul style="list-style-type: none"> • Escuela rural mixta de Chontales, por el periodo lectivo del 20 de mayo de 1992 al 30 de noviembre de 1992. • Escuela mixta de El Retiro, en los siguientes periodos: * Del 23 de marzo al 22 de abril de 1993, * 23 de abril al 22 de mayo de 1993; *21 de julio al 30 de noviembre de 1993; *Del 1 de junio al 30 de septiembre de 1994 • Escuela la Frisolera, en los siguientes periodos: *Del 2 de mayo y el 30 de noviembre de 1995, * 1 de marzo al 31 de octubre de 1996; del 1 de marzo al 30 de noviembre de 1997 • Escuela Santa Teresa en el periodo del 1 de marzo al 30 de noviembre de 1998, y en forma temporal del 1 de junio y el 30 de noviembre de 1999, del 4 de abril de 2000 al 2 de noviembre de 2020 (forma temporal), del 1 de marzo al 16 de julio de 2001, del 17 de mayo al 17 de junio de 2002 (30 días); 21 de junio al 21 de julio de 2002 (30 días); 26 de julio al 25 de agosto de 2002; 26 de agosto al 25 de septiembre de 2002; del 26 de septiembre al 25 de octubre de 2002; 26 de octubre al 30 de noviembre de 2002 (34 días) • Escuela mixta el Billar, desde el 17 de julio de 2001 (plazo 4 meses y 14 días); 15 de abril de 2002 (30 días) <p>-Con el departamento del Tolima, en el establecimiento educativo, Instituto docente “La Picota” del municipio de Fresno desde 03 de abril hasta el 12 de septiembre de 2003 y del 26 de septiembre hasta el 16 de diciembre de 2003</p>	<p>Documental: Cedula de ciudadanía</p> <p>-Contrato de prestación de servicios No. 0601 del 20 de mayo de 1992</p> <p>-órdenes de prestación de servicios Nos. 193 de 1993, 380 del 23 de abril de 1993 y 639 del 28 de julio de 1993; 183 del 4 de mayo de 1994, 117 del 2 de mayo de 1995, 064 del 1 de marzo de 1996, 150 del 1 de marzo de 1997, 025 del 1 de marzo de 1998; 032 del 1 de junio de 1999; 043-S del 1 de marzo de 2001; 274-S del 17 de julio de 2001; 103 del 15 de abril de 2002; 239 del 17 de mayo de 2002; 357 del 21 de junio de 2002; 449 del 26 de julio de 2002 ; 535 del 26 de agosto de 2002, 617 del 26 de septiembre de 2002; 698 del 26 de octubre de 2002; ordenes de prestación de servicios del 03 de abril y del 26 de septiembre de 2003</p> <p>-Resolución No. 452 del 4 de abril de 2000 “<i>por medio de la cual se autoriza la prestación del servicio educativo en forma temporal a un docente en el municipio de Líbano</i>”, 1168 del 2 de agosto de 2000</p> <p>(índice 0002 expediente electrónico SAMAI AZURE)</p>
<p>2. Que la señora Rivera fue nombrada a través de Decreto 0344 del 27 de abril de 2004 y tomó posesión el 29 de ese mismo mes y año, como docente en provisionalidad en el plantel educativo La Palmera del municipio de Casabianca (Tolima).</p>	<p>Documental: Formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido el 13 de julio de 2021.</p> <p>(índice 0002 expediente electrónico SAMAI AZURE)</p>

<p>3. Que la demandante fue nombrada por la secretaría de Educación del Departamento del Tolima, a través de Decreto 0376 del 25 de mayo de 2007 y tomó posesión el 7 de junio de 2007 como docente en el plantel educativo Santa Teresa 1 del municipio de Líbano, no obstante, según su historia laboral, ha prestado sus servicios en otros planteles educativos del departamento del Tolima</p>	<p>Documental: Formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido el 13 de julio de 2021 (índice 0002 expediente electrónico SAMAI AZURE)</p>
<p>4. Que a través de apoderado, la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación conforme lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, y 33 y 62 de 1985, petición que fue negada a través del acto administrativo enjuiciado.</p>	<p>Documental: Oficio No. TOL2021EE33874 del 20 de septiembre de 2021 (índice 0002 expediente electrónico SAMAI AZURE)</p>
<p>5. Que los aportes efectuados por el Municipio del Líbano del 2 de mayo de 1995 al 16 de julio de 2001 a COLPENSIONES fueron devueltos por estar vinculada la accionante al Régimen de Ahorro Individual</p>	<p>Documental: Reporte semanas cotizadas en pensiones de fecha 06 de julio de 2021, expedida por COLPENSIONES (índice 0002 expediente electrónico SAMAI AZURE)</p>

8.2 Del análisis del caso

8.2.1 De las semanas cotizadas al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad

En primer lugar, debe señalar el despacho, que revisadas las pruebas aportadas al plenario, se tiene que la accionante contrató a través de prestación de servicios con el Municipio del Líbano - Tolima, así:

117 del 2 de mayo de 1995	Docente en la Escuela la Frisolera	02-05-1995	30-11-1995	Cotizado al RAIS
064 del 01 de marzo de 1996	Docente en la Escuela la Frisolera	1-03-1996	31-10-1996	Cotizado al RAIS
150 del 01 de marzo de 1997	Docente en la Escuela la Frisolera	1-03-1997	30-11-1997	Cotizado al RAIS
025 del 1 de marzo de 1998	Profesor en la Escuela Santa Teresa	1-03-1998	30-11-1998	Cotizado al RAIS
032 del 1 de junio de 1999	Profesor en la Escuela Santa Teresa	1-06-1999	30-11-1999	Cotizado al RAIS
043-S del 1 de marzo de 2001	Docente en la Escuela Rural Mixta el Billar	1-03-2001	23-06-2001**	Cotizado al RAIS

En este orden, de la historia laboral expedida por la Administradora de Pensiones – Colpensiones, y allegada a la presente actuación, se concluye que desde el año 1995 al 2001, la alcaldía municipal del Líbano realizó las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión a esa entidad. No obstante, no aparece reporte alguno que las mismas estén en dicha entidad, porque fueron devueltas a la administradora

de pensiones “ING”, específicamente a la cuenta individual de la señora RIVERA, esto por estar vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS)⁹.

En el anterior entendido, dichas semanas de cotización no pueden ser tenidas en cuenta como tiempo para el reconocimiento de la prestación pedida, pues es clara la incompatibilidad del régimen de pensión pública establecido en la Ley 33 de 1985 y el Régimen de Ahorro Individual, al que, según lo probado, se encontraba afiliada la señora RIVERA con antelación a la vinculación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

8.2.2 De los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez – Ley 33 de 1985

Continuando entonces con el estudio de las pretensiones, se tiene que la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación, y la Secretaría de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de oficio TOL2021ContinuandoEE033874 del 20 de septiembre de 2021, informó que, de acuerdo con la fecha de vinculación, su régimen pensonal es el consagrado en la Ley 812 de 2003, razón por la cual se deber liquidar conforme el régimen de prima media establecido en la Ley 100 de 1993.

Así, en aplicación de lo explicado en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, el despacho tendrá en cuenta para efectos del cómputo de tiempo de servicio, las vinculaciones que haya tenido la actora a través de contratos u ordenes de prestación de servicios, pese a no haber realizado la cotización respectiva, esto única y exclusivamente para efectos pensionales y en garantía de los derechos constitucionales de la docente accionante.

Conforme a lo anterior, en primer lugar, hay que señalar que la accionante estuvo vinculada con la administración docente con anterioridad al 27 de junio de 2003, esto en el entendido que debe tenerse como tal la relación generada en virtud del primer contrato de prestación de servicio con el Municipio del Líbano, es decir el celebrado en el año 1992, al haberse desempeñado específicamente como educadora en la institución educativa Escuela Mixta de Chontales, y por lo tanto, le es aplicable la Ley 33 de 1985 que regula la pensión de los empleados públicos. Así entonces, conforme lo dispuesto en dicha norma, se estudiarán los requisitos exigidos para el reconocimiento de lo pedido así:

8.2.2.1 Edad

De las pruebas citadas en precedencia, se tiene que la demandante nació el 23 de junio de 1966, lo que significa que cuenta con más de 55 años de edad desde el 23 de junio de 2021, por lo que cumple con el primer requisito exigido en la ley.

⁹ Reporte semanas cotizadas en pensiones de fecha 06 de julio de 2021

8.2.2.2 Tiempo de servicios

En este orden, para acceder al reconocimiento de la prestación periódica en los términos de la norma ya referida, se debe haber laborado al servicio del Estado por un periodo mínimo 20 años. Así entonces y para el caso de la señora Yolanda Rivera tenemos las siguientes vinculaciones y tiempos servidos:

Contrato No.	Objeto	Desde	Hasta	No. De días
0603 del 01 de mayo de 1992	Educador de primaria en la Escuela Mixta de Chontales	20/05/1992	30/11/1992	190 días
193 del 23 de marzo de 1993	Docente Básica primaria en la Escuela Mixta del Retiro	23-03-1993	22-04-1993	30 días
380 del 23 de abril de 1993	Docente Básica primaria en la Escuela Mixta del Retiro	23-04-1993	22-05-1993	30 días
629 del 28 de julio de 1993	Docente Básica primaria en la Escuela Mixta del Retiro	21-07-1993	30-11-1993	129 días
183 del 4 de mayo de 1994	Docente Básica primaria en la Escuela Mixta del Retiro	01-05-1994	30-09-1994	150 días
Resolución 0452 del 04 de abril de 2000	Docente Escuela Rural Mixta Santa Teresa (Temporal)	4-04-2000	4-07-2000	90 días cotizados al FOMAG
Resolución 1168	Docente Escuela Rural Mixta Santa Teresa (Temporal)	2-08-2000	2-11-2000	90 días cotizados al FOMAG
274 -S del 17 de julio de 2001	Docente en la Escuela Rural Mixta el Billar	17-07-2001	30-11-2001	133 días
103 del 15 de abril de 2002	Docente en el Colegio Santa Teresa	15-04-2002	14-05-2002	30 días
239 de 17 de mayo de 2002	Docente en el Colegio Santa Teresa	17-05-2002	16-06-2002	30 días
357 del 21 de junio de 2002	Docente en el Colegio Santa Teresa	21-06-2002	20-07-2002	30 días
449 del 26 de julio de 2002	Docente en el Colegio Santa Teresa	26-07-2002	25-08-2002	30 días
535 del 26 de agosto de 2002	Docente en el Colegio Santa Teresa	26-08-2002	25-09-2002	30 días
617 del 26 de septiembre de 2002	Docente en el Colegio Santa Teresa	26-09-2002	25-10-2002	30 días
698 del 26 de octubre de 2002	Docente en el Colegio Santa Teresa	26-10-2002	30-11-2002	30 días
ilegible	Docente con grado 8 en el escalafón docente en el Instituto Docente la	03-04-2003	12-09-2003	159 días

	Picota del municipio de Fresno			
ilegible	Docente con grado 8 en el escalafón docente en el Instituto Docente la Picota del municipio de Fresno	26-09-2003	16-12-2003	80 días
Decreto 0344 de 2004	Docente la Palmera Municipio de Casabianca	29-04-2004	17-06-2005	408 días – vinculación legal y reglamentaria
Decreto 0376 de 2007	Docente Institución Santa Teresa Municipio del Líbano	7-06-2007	11-06-2021	5044 días
TOTAL				6743 días, es decir 18 años 7 meses de servicio

Atendiendo entonces lo anterior y en virtud de las vinculaciones que probó haber tenido la demandante, se observa que para la fecha de la última certificación de servicios presentada por la señora RIVERA en este proceso (11 de junio de 2021), la misma sólo acumula **18 años y 7 meses de servicio**, no cumpliéndose así con el segundo requisito exigido por la ley.

Así las cosas y como quiera que no se cumplen en su integridad los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento de la pensión de jubilación, deben negarse las pretensiones de la demanda.

9. RECAPITULACIÓN

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que la parte actora en calidad de docente adscrita a la Secretaria de Educación del Departamento del Tolima, si bien demostró su vinculación como docente antes de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, y que deben tenerse en cuenta los periodos laborados a través de contratos de prestación de servicios al servicio docente para efectos pensionales en virtud de lo señalado por la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, lo cierto es que solo se acreditó como tiempo laborado y computable para el reconocimiento de la pensión de vejez que trata la Ley 33 de 1985 un tiempo de 18 años y 7 meses de servicio, razones por las cuales, al no cumplirse con la dualidad de requisitos exigidos por dicha norma, deben negarse las pretensiones de la demanda.

10. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

De otro lado en relación con las agencias en derecho, en el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte demandante, **en la suma equivalente al 4% de lo pedido.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

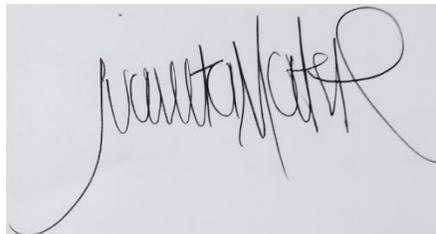
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a la parte actora, para tal efecto fíjese como agencias en derecho la suma correspondiente al 4% de lo pedido.

TERCERO. Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo disponen los artículos 203 y 205 de la Ley 1437 de 2011, modificada por la 2080 de 2021.

CUARTO: ARCHIVAR el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES

Juez