JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad: 2016-00006

Tunja, Once (11) de Octubre de dos mil dieciséis (2016).

Referencia	:	150013333015**20160000600**
Medio de Control	:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	:	LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL
Demandado	:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA.

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurada por el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA.

I. ANTECEDENTES

1.1. OBJETO[1]

De acuerdo a lo analizado del petitum, la parte demandante por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento el derecho, presentó demanda **con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la** Resoluciones **No 005421 del 1** de septiembre de 2015, mediante la cual el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y la Secretaria De Educación De Boyacá, **le negó la pensión de vejez a favor del Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL.**

---

[1] *Declaraciones y condena:*
"1 PRIMERA: DECLARAR la nulidad la Resoluciones No 005421 de primero (1°) de septiembre de dos mil quince (2015), mediante la cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA SECRETARIA DE EDUCACION DE BOYACA, le negó la pensión de vejez a mi poderdante LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, por insinuación de la FIDUCIARIA LA PREVISORA.
SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se le condene a los demandados, a reconocer y pagar a mi poderdante mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada la pensión de jubilación a que tiene derecho, a partir del veinticinco (25) de febrero de dos mil diez (2010), y/o a partir de la fecha que determine el Juzgado, equivalente a un 75% sobre el último salario devengado, con el incremento en los porcentajes establecidos por haber laborado más de 20 años y ser exfuncionario público.
TERCERA: Se condene a la parte demandada a cancelar La Indexación de los valores susceptibles de tal actualización, sus intereses moratorios según la Ley y la jurisprudencia, desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta cuando sean cancelados totalmente.
CUARTA: Se condene a la parte demandada a Cualquier otro derecho legal o extralegal, con base en las facultades ultra y extra petita a que tenga derecho.
QUINTA: Se condene a la parte demandada en agencias en derecho, costas y gastos que demande el juicio si fuere el caso.".

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a titulo de restablecimiento del derecho, se reconozca y pague la pensión de jubilación a partir del 25 de febrero de 2010, equivalente al 75% sobre el último salario devengado con el incremento en los porcentajes por haber laborado más de 20 años y ser exfuncionario público.

De igual manera solicita se condene a la entidad demandada a cancelar la indexación de los valores susceptibles de liquidación, intereses moratorios, a pagar las agencias y costas del presente proceso.

1.2 FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como sustento de las pretensiones el apoderado de la parte actora narra, los siguientes hechos **que el Despacho relación de manera sucinta,** en lo que respecta realmente a una situación fáctica:

Refiere que el 25 de febrero de 2013, el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL solicitó a COLPENSIONES se le reconociera y cancelara su pensión de jubilación por tener más de 1.150 semanas cotizadas, tener 64 años de edad, encontrase desempleado y sin seguridad social

Manifiesta que el 12 de septiembre de 2014, diecinueve (19) meses después de la solicitud, COLPENSIONES mediante Resolución No GNR 319247, conceptuó que su poderdante tenía un total de 1.110 semanas cotizadas y resuelve declararse sin competencia para reconocer la pensión de vejez, argumentando que del 30 de abril de 2008, al 25 de abril de 2011, el peticionario aportó para pensión al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del magisterio.

Acotó que contra la anterior decisión, acudió a la acción de tutela y en segunda instancia el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia del 9 de junio de 2015, consideró que el señor **LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL**, tenía derecho a que se le concediera la pensión de jubilación por encontrase incurso en el régimen de transición, pero por existir otro procedimiento para exigir este derecho, denegó la tutela.

Señaló que el Tribunal prácticamente informa la manera como se debía proferir la Resolución concediéndole la pensión de jubilación al señor **LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL**, conforme al régimen de transición, pero la Fiduprevisora La Previsora haciendo caso omiso, conceptúa que el demandante, no tiene derecho a la pensión, por faltarle **cuatro (4) semanas** para completar las 1.300 semanas que exige para el 2015 la Ley 100 de 1993.

Manifestó que con fundamento en el concepto de la Fiduprevisora, el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y La Secretaria De Educación De Boyacá, mediante Resoluciones No 005421 de primero (1°) de septiembre de dos mil quince (2015), niega la pensión de jubilación aduciendo también que le faltan al Señor Santamaría, 4 semanas para cumplir el tiempo de servicio, según la ley 100 de 1993, que requiere para el 2015, 1.300 semanas cotizadas y solo tenía 1.296, omitiendo como lo hizo la Fiduciaria La Previsora, pronunciare sobre el régimen de transición al cual tiene derecho el demandante.

De igual manera indicó que no es cierto que el peticionario tenga cotizadas 1.296 semanas, porque al efectuar la suma de las cotizaciones aludidas sobre los documentos aportados, están dan un **total de 1.308.15 semanas cotizadas**, sin contar 23.2 semanas cotizadas a la Caja Nacional por intermedio de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, debidamente certificadas, para un gran total de **1.331.17** semanas.

Finaliza el acápite de hecho arguyendo que contra la Resolución No 005421 de 1° de septiembre de 2015, se presentó oportunamente recurso de Reposición, y al no ser resuelto dentro de los dos meses siguientes, se acudió de conformidad con el art. 13 de la ley 1285 de 2009, en conciliación prejudicial ante la Procuraduría Delegada Juzgados Administrativos del Circuito de Tunja, el 10 de noviembre de 2015 con el fin de agotar la vía gubernativa, correspondiéndole a la Procuraduría 45 Judicial II, quien fijo fecha de audiencia para el 9 de diciembre de 2015, declarándose fracasada por la no asistencia de los convocados, Departamento de Boyacá, Secretaria de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora.

1.3 DEL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte interesada, invoca como fundamentos del derecho las siguientes:

- ✓ Régimen de Transición.
- ✓ Aplicación del principio de favorabilidad y condición más beneficiosa, art. 53 C.N (Sic)
- ✓ Factores salariales para la pensión de jubilación de empleados públicos.

Refiere que la Secretaria De Educación De Boyacá y el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, por Insinuación de la FIDUCIARIA LA PREVISORA establecieron que el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, tenía cotizadas más de 1.296 semanas, y en vez de concederle la pensión con fundamento en el régimen de transición al que tenía derecho, acudieron absurdamente a la ley 100 de 1993, que exige para el 2015, tener cotizadas 1.300 semanas, por lo tanto **manifiestan, " no es beneficiario de la pensión de jubilación**", desconociendo lo anotado por el Tribunal Administrativo de Boyacá respecto del mismo caso, en donde negó tutelar el derecho a la pensión de mi poderdante en contra de la última jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero acotó que tiene derecho a que se le reconozca conforme al régimen de transición argumentando que en relación con la respuesta dada por COLPENSIONES al demandante, se debe traer a colación el Decreto 813 de 1994 por el cual se tendrá derecho a los beneficios del régimen de transición, siempre que al 1 de abril de 1994 cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Haber cumplido 40 o más años de edad si son hombres, o 35 o más años de edad si son mujeres.
b) Haber cotizado o prestado servicios durante 15 o más años.

Refiere que el señor **LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL**, nació el 7 de noviembre de 1949, luego para el 1° de abril de 1994 tenía 44 años de edad, en consecuencia, le son aplicables los beneficios del régimen de transición, teniendo derecho al reconocimiento de su pensión de vejez desde el momento en que cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicio y/o, número de semanas cotizadas establecidos en las disposiciones del régimen que se les venía aplicando

con anterioridad al 1 de abril de 1994, a saber el consignado en la Ley 33 de 1985, cuyo artículo 1° dispone lo siguiente:

> *"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 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 prometido que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio..."*

De igual manera, señala que la Fiduprevisora, y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "Secretaria de Educación de Boyacá", en el momento de resolver la solicitud pensional, **no aciertan al no aplicar el artículo 1° de la Ley 33 de 1985**, y por lo tanto se evidencia la trasgresión de derechos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución, el cual determina la obligatoriedad que le asiste a todo operador jurídico de interpretar las normas de forma más provechosa para el trabajador.

Refiere que en caso de duda, en la aplicación de las normas que amparan el derechos del demandante, se dé preferente y efectiva aplicación al principio constitucional de "Favorabilidad y condición más beneficiosa", conforme a lo dispuesto por el Art. 53 de la Carta Política de 1991, en armonía con lo dispuesto por el Art. 21 del C. S. T. Interpretación que por vía de jurisprudencia se ha realizado por la Corte Constitucional

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 28 de Enero de 2016, ante el Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos del circuito de Tunja (fl. 18) y por remisión reposa acta individual de reparto (fl. 63) con secuencia 70.

Admitida posterior a la subsanación, mediante auto de fecha 24 de febrero de 2016 en el cual se ordenó notificar personalmente a las demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se solicitó a la entidad demandada allegar el expediente administrativo completo de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 175 del CPACA (fls. 86 a 87).

La providencia fue debidamente notificada al correo electrónico determinado para notificaciones judiciales a las entidades demandadas el día 07 de marzo de 2016 (fls. 96 a 116).

1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ni la Fiduciaria LA PREVISORA S.A, emitieron contestación en la oportunidad legal concedida para el efecto tal como fue consignado en el auto del 27 de Junio de 2016 (fls. 153-154).

El Departamento de Boyacá – Secretaria de Educación, **contestó la demanda** vista a folios 132 a 138 y formulo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva (fl.123 a 124).

Señaló la demandada que en aras de la armonía institucional y para que las competencias sean asumidas por sus legítimos titulares, solicita la desvinculación de la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá, atendiendo a que el acto administrativo materia de la Litis se dictó en nombre del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo tanto la Nación-Ministerio de Educación a través de las facultades del Decreto 2831 de 2005 participó en la expedición del acto administrativo, siendo la Secretaria de Educación de Boyacá, un simple mediador o tramitador que se encarga de decretar (Sic) un acto administrativo – resolución.

De igual manera, refiere que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005, la negación o aprobación y posterior pago es una prestación determinada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduciaria *"La Previsora" S.A* como administradora de los recursos del fondo. Por lo tanto, desataca que no son competentes para actuar en nombre de la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atendiendo las disposiciones contenidas entre otras en la Ley 91 de 1989, Decreto 2831 de 2005, mediante el cual se reglamentó el inciso 2° del artículo 3° y la Ley 962 de 2005 y los pronunciamientos del Consejo de Estado.

2. AUDIENCIA

Agotada la etapa del admisorio, de notificación y de traslado, el **06 de julio de 2016,** se llevó a cabo **audiencia inicial** de que trata el artículo 180 del CPACA (fls. 166 a 173 y CD 174) en la cual se estudió la excepción propuesta por el ente territorial y se decidió **DECLARAR**[2] probada la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento de Boyacá-Secretaria de Educación, y en consecuencia, continuar el trámite procesal, únicamente contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la FIDUCIARIA *"LA PREVISORA"*, **decisión debidamente notificada en estrados, sin manifestación alguna, encontrándose ejecutoriada**[3]**.**

Agotada esta etapa se realizó el plan del caso, fijación del litigio, conciliación y se procedió a incorporan las pruebas allegadas y se suspendió la diligencia en razón al decreto oficioso de material probatorio, llevándose a cabo la audiencia del Artículo 181 del CPACA el 29 de Julio de 2016 (fls. 412 a 415 – CD 416) con el fin de incorporar las pruebas, sin embargo por la ausencia de la totalidad del acervo solicitado, se suspendió reanudándose el 29 de agosto de 2016 (fls. 564 a 565 –CD 566), donde se agotó el debate probatorio, se prescindió de la etapa de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado de alegatos de conclusión.

3. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante (fls. 616 a 619): El apoderado de la parte demandante en término presenta escrito de alegatos de conclusión de fecha 07 de Septiembre de 2016, mediante el cual reitera los argumentos del introductorio, indicando como aspectos relevantes que el proyecto de resolución presentado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaria de Educación de Boyacá, no es más que una burla, toda vez que carece de los elementos y principios básicos de toda pensión, pues no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente y al ser reconocido como docente con carácter nacional la citada pensión debía ser liquidada con base en el último salario

---

[2] *Las consideraciones de estudio de la excepción se encuentran en el registro del audio de la audiencia inicial folio 174.*
[3] *Minuto 16:24 del registro del audio de la audiencia de que trata el artículo 180 del CPACA.*

devengado por él, más los incrementos que la misma Corte Constitucional y COLPENSIONES reconocen para tal fin.

Refiere que el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, se encuentra incurso en el régimen de transición con fundamento en ello se le debe reconocer la pensión atendiendo el contenido del Decreto 813 de 1993, por medio del cual se reglamenta la Ley 100 de 1993, ya que el demandante nació el 07/11/1949, luego para el 01 de abril de 1994 tenía 44 años de edad, por lo que le es aplicable los beneficios del régimen de transición consagrado en la Ley 33 de 1985.

Destaca que con fundamento en las pruebas allegadas, se evidencia que el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, cumplió los 55 años en el 2004 y los 20 años de servicio en el 2009, es decir cuando el demandante era docente en el Colegio Santa Cruz de Motavita y cotizaba al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Señala que el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión No 2 de fecha 06 de junio de 2015, claramente explico al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que el demandante es beneficiario de la pensión bajo el régimen de transición y la manera en la cual debía concederse.

Finalmente acota que con el fin de que el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, goce del beneficio de la pensión bajo el régimen de transición debe atenderse los factores salariales, estudiados por la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de unificación 25000-23-25-2006-07509-01 (0112-09), además del principio de favorabilidad y condición más beneficiaria contenida en el artículo 53 de la C.P/91

La parte demandada Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y Fiduciaria La Previsora**:** No allegó escrito de alegaciones de conclusión.

CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO: No emitió concepto alguno

III. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se profiere decisión de fondo en el asunto objeto de litis.

1. Problema jurídico

La controversia se contrae en determinar, si al Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, le asiste razón para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por encontrarse incurso en el **régimen de transición de la Ley 100 de 1993** incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año laborado; o si por el contrario la decisión contenida en el acto administrativo acusado se ajustó a derecho?

Para resolver el problema jurídico planteado el Despacho se pronunciará sobre los siguientes ítems:

i) DEL REGIMEN PENSIONAL DEL PERSONAL DOCENTE

En **términos generales** se debe tener en cuenta que la pensión de jubilación, es un derecho vitalicio a favor del docente cuando se cumpla los requisitos, entendidos como tiempo de servicios y edad para hacerse acreedor de la misma.

Así que la pensión de jubilación para los docentes ha tenido un claro desarrollo normativo **desde la Ley 6 de 1945** que consagró el régimen general de prestaciones oficiales a los empleados y obreros nacionales, incluyendo a los docentes, pasando por los Decretos Leyes 3135 de 1968 y 2277 de 1979 Estatuto docente, las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio hasta la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación.

En materia de prestaciones sociales del personal docente oficial, se destaca la **Ley 91 de 1989 que creó el Fondo de Prestaciones Sociales del**

Magisterio y estableció el régimen pensional para los docentes nacionales (docentes vinculados por nombramiento del Gobierno nacional), nacionalizados (docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975) y territoriales (docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, teniendo en cuenta la fecha de su vinculación al servicio educativo); régimen al cual se han remitido las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994.

En virtud de lo cual se destaca el contenido del artículo 2 de la Ley 91 de 1989, por ser el precepto que contempla los distintos supuestos en que pueden encontrarse los docentes respecto de sus prestaciones sociales, por virtud de la nacionalización de la educación:

> *"De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las Entidades Territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*
>
> *1.- Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión y el Fondo Nacional de Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.*
> *2.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las Cajas de Previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.*
> *3.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las Cajas de Previsión, o de las entidades que hicieren sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975.*
> *4.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1º de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las Cajas de Previsión social, o las*

entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.
Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las Cajas de Previsión social o las entidades que hicieren sus veces.
5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente ley, son de cargo de la nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio; pero las entidades territoriales y las Cajas de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.
PARAGRAFO.- Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.
Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.". (Negrilla y Subrayado fuera del texto).

Pero en tratándose del **régimen pensional de los docentes** el artículo 15 ibídem estableció:

"(...) 2.- Pensiones:

A. *Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las 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.*

B. 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. <u>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</u>". (Resaltado y Negrilla fuera del texto)

Las anteriores disposiciones **deben interpretarse en armonía** con las Leyes 6ª de 1945 y 33 de 1985, destacándose el inciso 4° del artículo 6 de la Ley 60 de 1993 así:

*"**El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados** que se incorporen a las plantas de partamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones **será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones.** El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.* (Resaltado fuera de texto)

La Ley 115 de febrero 8 de 1994, que contiene la Ley General de Educación, establece:

*"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.***

***C. <u>De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones</u>** y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".* (Resaltado y Negrilla fuera del texto)

Lo anterior, fue precisado por el Consejo de Estado, en sentencia de 10 de febrero de 2011 así:

> ***D.*** *"Los docentes que pertenecían al orden departamental,* ***nacionalizados por virtud de la Ley 43 de 1975, cuyas prestaciones se causen hasta la fecha de promulgación de la citada Ley 91 de 1989, las normas que gobiernan el aspecto prestacional son, según el caso, las Leyes 6ª de 1945 y 33 de 1985****. De otra parte, si bien el artículo 5º del Decreto 224 de 1972 consagró que el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación, y a su vez el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 señaló que el goce de la pensión no sería incompatible con el ejercicio de empleos docentes, a excepción de los indicados en el artículo 32 y que, de igual forma la Ley 60 de 1993 en su artículo 6º inciso 3º, preceptuó que el régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados sería el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serían compatibles con pensiones o cualesquiera otra remuneraciones,* ***ello no significa que los docentes del sector oficial gocen de un régimen especial de pensiones. Como se sabe, los docentes que prestan sus servicios en entidades del estado, en sus diferentes órdenes, son empleados oficiales de régimen especial. Tal régimen comprende, entre otros aspectos, el ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores (art. 3º del Decreto 2277/79) pero, en manera alguna, lo relativo al régimen pensional; las citadas normas no previeron requisitos especiales para los docentes, relacionados con la edad, el tiempo de servicio y la cuantía, diferentes a los consagrados en disposiciones generales*** *(...).*[4](Resaltado y Negrilla fuera del texto)

Atendiendo el recorrido normativo, se destaca la aplicación de la **Ley 812 de 2003** y del Decreto Reglamentario 3752 de 2003, extrayendo el contenido del **artículo 81 así:**

> *"Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales,* ***que se***

---

[4] *CONSEJO DE ESTADO. Sección segunda - subsección "A". C.P. Doctor Luis Rafael Vergara Quintero. 10 de febrero de 2011. Radicación número: 73001-23-31-000-2004-01598-01(0450-09)*

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 pensiónales 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.*** *(...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto original).*

A su turno el **Decreto 3752 de 2003**[5] reglamentó parcialmente entre otros aspectos el contenido de los artículos 81 de la Ley 812 de 2003, artículo 18 de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación **con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** y se dictan otras disposiciones, de las cuales se resaltan las siguientes:

"ARTÍCULO 1°.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

(...)

Parágrafo 2°.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

(...)

ARTÍCULO 3º.- Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la

[5] http://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-85971_archivo_pdf.pdf

Ley 812 de 2003, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente. (...)" (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Concordante con las disposiciones referidas, el Consejo de Estado, el 10 de septiembre de 2009 en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, con Ponencia del Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, dentro del radicado: 11001-03-06-000-2007-00084-00(1857)[6], **consideró que las previsiones de la Ley 812 de régimen prestacional de los docentes vinculados antes de esta ley se rige por normas anteriores**.

Sin embargo, no se puede desconocer que en aplicación de la Ley 100 de 1993, se dispuso de manera previa:

> ***"ARTICULO. 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 aquél 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 pensiónales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida****. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto).*

Conforme a la literalidad en cita, los docentes que se encuentren afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Lay 91 de 1989, se encuentran excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la Ley 100 de 1993 y en ese orden de ideas, no es posible aplicar a este grupo exceptuado las disposiciones contenidas en la referida Ley.

Es decir, hasta las consideraciones abordadas en esta etapa, se puede concluir en primera medida que la **Ley 812 de 2003, incluyo** a los docentes en el

---

[6] *Para el efecto remitirse al contenido del texto en la dirección web https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ce-sc-rad2009-n1857.htm*

régimen de la Ley 100 de 1993 de la cual fueron excluidos por mandato del artículo 279 ibídem, **pero en relación de quienes se vincularon con posterioridad a su expedición,** así que el régimen pensional de los docentes ***vinculados*** con anterioridad a las mencionadas disposiciones es el previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Precisado lo anterior, se tiene que el régimen pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se establece tomando como **referencia la fecha de vinculación al servicio educativo estatal**, de la siguiente manera:

- Si el ingreso **es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003**, su régimen pensional corresponde **al establecido en la Ley 91 de 1989 y** demás normas aplicables hasta ese momento, sin olvidar las diferencias provenientes de la condición de nacional, nacionalizado o territorial, predicables del docente en particular.

- **Si la vinculación al servicio ocurrió a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional es el de prima media con prestación definida, regulado por la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, pero teniendo en cuenta que la edad se unifica para hombres y mujeres, en 57 años**.

Es de señalar, que con la entrada en vigencia de un nuevo sistema pensional, ha de preservarse, por parte del legislador, mejores condiciones para un grupo de servidores que, por condiciones de edad o tiempo de servicios, se encuentran ante la posibilidad de obtener su derecho pensional. Por lo tanto, se observa lo dispuesto en el artículo 36 de la precitada ley, que contempla un régimen de transición a saber:

> *"Artículo 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres".*

Con base en lo anterior, es claro para esta instancia que el régimen de **transición en materia pensional se refirió a la situación más favorable**

para el trabajador que se encuentra en esta situación; tal premisa fue acotada en amplia jurisprudencia por la H. Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad, al referirse de la siguiente manera:

> *"(...)*
> *De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad, que se consagra en materia laboral no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla".*

De conformidad con este mandato, **cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho** (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.

Adviértase, cómo el legislador con estas disposiciones legales va más allá de la protección de los derechos adquiridos, para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo.

> *"Ahora bien, una vez precisados los efectos del principio de favorabilidad inmerso en el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, encuentra esta Corporación necesario el abordar la discursiva sobre los derechos adquiridos y las meras expectativas planteadas con ocasión del artículo 36 «ídem»; la cual se ha zanjado en procura de la tesis que considera que quienes estén en el régimen de transición, por cumplir los requisitos pensionales dispuestos para tal fin, adquieren una expectativa legítima y no una mera expectativa, como quiera que, si bien es cierto no cumplían con la totalidad de los requisitos pensionales dispuestos en el sistema anterior, también lo es que sí lo están respecto de los criterios que hacen tránsito y/o transición con la nueva legislación.(...)7.*

En este sentido, también se ha pronunciado la H. Corte Constitucional:

> *"(...)*

---

[7] *Ejusdem.*

De las consideraciones transcritas se desprende, sin lugar a dudas, que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 i) "(c)onstituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo"; ii) que este instrumento ampara a los trabajadores, hombres y mujeres, "que al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones", tuvieran más de cuarenta años o treinta y cinco años respectivamente, y a quienes, "independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados"; y iii) que los amparados por este régimen "si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo (sic).(...)

El Legislador al expedir la norma acusada no tuvo en cuenta que, como se explicó en la Sentencia C-789 de 2002, si bien frente a un tránsito legislativo y al régimen de transición respectivo el derecho a la pensión no es un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legítima, sí existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo*. Tampoco tuvo en cuenta que una vez entrada en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo consolida una situación concreta que no se les puede menoscabar. (...)"8(Resaltado fuera de texto)*

En suma, y de acuerdo a la jurisprudencia y a la normativa traída a colación, se aprecia que quienes para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tuviesen 35 o más años de edad si eran mujeres o 40 o más años de edad si eran hombres, **ó 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicaría el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, el régimen contemplado en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985**, el cual refiere que aquellos empleados oficiales que sirvan o hayan servido 20 años continuos o discontinuos y lleguen a la edad de 55 años, tendrá derecho a que se le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario que sirvió de base para los aportes durante el último año anterior a la fecha de retiro del servicio.

---

[8] Cfr. Corte constitucional, Sentencia C-754 de 10 de agosto del 2004, Exp. Nos. 5092 y 5093, M.P. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS

Este asunto fue estudiado por el máximo Tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

> *"(...)*
> *Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes para el 1º de abril de 1994 - fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - tuviesen 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión de jubilación, al tiempo de servicio y al monto de la prestación. Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues reunía los dos presupuestos exigidos en la norma legal y por tanto debió aplicársele el régimen anterior. Es claro entonces que el demandante tiene derecho a que se le aplique en su integridad el régimen consagrado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, primero, por encontrarse dentro del régimen de transición y, segundo, por haber adquirido el status de pensionado el 13 de octubre de 1993. La aplicación del régimen anterior se hace en forma integral y no parcial, por lo cual no es aplicable en este asunto, y referente a la materia objeto de discusión, la Ley 100 de 1993. (...)"*[9].

Por lo anterior, deberá analizarse en cada caso, cuáles son los requisitos que se cumplen para así, dar aplicación al régimen que corresponda.

ii) De las condiciones de las Órdenes de Prestación de Servicios Docente y la eventual inclusión para efectos de cómputos pensiónales.

En términos generales el reconocimiento de todas las prestaciones sociales, devienen de la existencia de una relación laboral, en las siguientes hipótesis (i) la existencia de un contrato de trabajo, (ii) un vínculo legal o reglamentario o (iii) por la declaratoria de existencia de un contrato realidad, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad.

Respecto a esta última hipótesis, que es la que nos atañe, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

> ***"(...) El reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir a la demandante la condición de empleada***

---

[9] *Cfr. Consejo de Estado, Sentencia de 7 de junio de 2007, Exp. No. (5852-05), C.P. Dr. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO.*

pública, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado.

(...)

La primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional y ***que si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP, sin que le sea dable conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario; pues el aludido principio, no tiene el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.***[10]*"*
(Subrayas fuera de texto)

Actualmente la jurisprudencia del Consejo de Estado[11], señaló:

"El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales.

La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, ***entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad.***

Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad a aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

---

[10] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 17 de noviembre de 2011. Exp. 25000-23-25-000-2008-00655-01(1422-11). M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.*
[11] *SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA -SUBSECCION "B"- Bogotá D.C., once (11) de noviembre de dos mil quince (2015)- Radicado N 66001233100020110029 3-01- No. Interno:1828-2013- Actores:JOSE NORBEY ZAMUDIO RENDON - Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-DAS Asunto: CONTRATO REALIDAD – COMPENSACION DE VACACIONES Y RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA DE VACACIONES - Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.*

Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, ***es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.*** *Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral (...)" (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

Lo anterior parte del estudio previo realizado por la SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A", del 22 de abril de dos mil quince (2015), dentro del radicado N° 81001233300020120006601 y consecutivo Interno: 1013-2014, con ponencia del C.P Doctor ALFONSO VARGAS RINCÓN y de la cual se destaca lo siguiente:

"(...)
DE LA VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con el tema inicialmente señaló que por estar desvirtuados los elementos esenciales de este tipo de relación contractual, emergía una relación laboral de derecho público, sin que existiera diferencia entre ella y la que desarrollan otros sujetos como empleados públicos que laboran para la misma Entidad.

Lo anterior, bajo el supuesto de que desarrollaban idéntica actividad, cumplían órdenes, horario y prestaban servicios de manera permanente, personal y subordinada. Se definió entonces, en atención a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, que primaba la realidad sobre las formalidades y por no tratarse de una relación laboral formalmente establecida, no se accedía al reconocimiento de prestaciones sociales propiamente dichas, sino que, a título de "indemnización" para restablecer el derecho, se ordenaba el pago del equivalente a las prestaciones sociales

que percibían los empleados que prestaban sus servicios en el mismo centro de salud, tomando como base el valor pactado en el contrato.

(...)
El criterio jurisprudencial anteriormente mencionado fue modificado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de noviembre 18 de 2003, expediente No. IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez. Para mayor ilustración resulta pertinente transcribir los aportes de mayor relevancia jurídica de tal sentencia:

1.- El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
2.- No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.
3.- No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público que se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales.

Igualmente, la mencionada situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo que con la administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Cada una de estas situaciones, según la decisión de Sala Plena, "es fuente de obligaciones bien diferenciadas por el derecho positivo, por haberse regulado por ordenamientos distintos, razón por la cual surge como corolario obligado que los conflictos de interés que aparezcan deben medirse con la normatividad pertinente, que no es por un mismo rasero...".

Ahora bien, la obligación del juez de aplicar e interpretar las normas con el fin de impartir justicia, acorde con la realidad del momento, ha impuesto a la Sección Segunda, replantear el criterio anteriormente mencionado para introducirle algunas precisiones tal como se verá a continuación.

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, con el resultado de la definición de la diferencia entre el primero y el de carácter laboral, que es la existencia de tres elementos: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. Así lo precisó la Corte

Constitucional, en sentencia C- 154 de 1997 con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara.
La comparación le permitió a la Corte establecer que en el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.(...)" (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Ahora bien, específicamente frente a la vinculación a través de contratos de prestación de servicios de los docentes, **es vital destacar para el Despacho**, la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003[12], con ponencia del Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda, mediante la cual se precisó que la actividad del contratista puede ser igual a la de los empleados de planta porque éste no alcanza para colmar el servicio público y por lo tanto es lógico que tengan que contratar con personal externo para determinadas actividades. Así mismo, se dijo que en los contratos de prestación de servicios no se genera pago de prestaciones sociales porque el vínculo con la administración deviene de una relación contractual que no permite prever el pago de dichos emolumentos.

Concordante con lo anterior, la misma corporación en materia de las Ordenes de Prestación de Servicios Docentes, señala el principio de la **flexibilidad**[13], en el entendido que los elementos como la subordinación y la dependencia son inherentes con la labor que ellos desarrollan en la entidad para la cual han sido contratados, afirmación ésta que se sustenta en la existencia de diferentes normas y criterios jurisprudenciales, tales como el **Decreto 2277 de 1979**, que definió la labor docente y en su artículo 2, dispuso:

*"**Artículo 2º.-** Profesión docente. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores.*

Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de

---

[12] *Consejo de Estado -SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- CONSEJERO PONENTE: NICOLAS PAJARO PEÑARANDA- Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil tres (2003)- Radicación: IJ-0039- APELACIÓN SENTENCIA- Actor: MARIA ZULAY RAMÍREZ OROZCO.*
[13] *Consejo de Estado. Sentencia de noviembre 17 de 2005, radicación número 4294, Magistrado Ponente: Doctor Jaime Moreno G.*

supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de conserjería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.
El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por el Artículo 115 Ley 115 de 1994, *Ver el art. 2, Resolución del Ministerio de Educación 2707 de 2003"*[14] *(Negrilla y subrayado* fuera del *texto)*

Noción reafirmada por el artículo 104 de la Ley General de Educación- Ley 115 de 1994, al señalar lo siguiente:

"El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos".

En virtud de las connotaciones reseñadas, la esencia de la labor docente, se constituye en el hecho de que el servicio se preste personalmente y esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación, a la entidad territorial correspondiente para que adminístre dicho servicio público en su respectivo territorio, entre otros aspectos; de allí que el empleo docente no es independiente y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus autoridades educativas.

En consecuencia, es claro que los docentes al servicio de instituciones educativas públicas, están sometidos permanentemente a las directrices emitidas por las autoridades educativas, quienes ejercen sobre ellos inspección y vigilancia, motivo por el cual no gozan de plena autonomía en el ejercicio de sus funciones y por consiguiente, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, **se configura el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política,** expuesto precedencia y conllevando así una relación laboral, para el caso de los docentes, en igualdad de condiciones a las de los profesores de planta.

---

[14] *http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1216*

De igual manera, se destaca que en **sentencia de unificación**[15] el Consejo de Estado, reiteró que los tiempos servidos como OPS en la actividad docente deben tenerse en cuenta a efectos pensiónales, validez del cómputo **para pensión gracia**, recalcando los siguientes apartes:

"Con relación al cómputo del tiempo de servicio docente por hora cátedra, la Corte Constitucional en sentencia C-517 de 1999[16], dijo lo siguiente:

> *"(...) Sostuvo que, en ningún caso,* ***esos parámetros de contratación*** *son imputables* ***al docente quien, sin importar la forma como ha de ser vinculado.*** *cumple funciones similares en el campo educativo y, en consecuencia,* ***está obligado a acreditar iguales condiciones de formación y experiencia.*** *Ello, por supuesto, descarta que* ***la ley y las propias instituciones, dentro de la autonomía de que gozan para darse sus propios estatutos, puedan establecer regímenes restrictivos que desconozcan el derecho de los docentes ocasionales y hora cátedra, a percibir las prestaciones sociales reconocidas por el orden jurídico para todos los trabajadores públicos o privados,*** *las cuales deben otorgarse en proporción al tiempo laborado. (...)"*
>
> *Sobre el particular la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 24 de agosto de* ***2000[1]*** *indicó que era posible tener en cuenta el para* ***efectos del reconocimiento de la pensión gracia el tiempo de servicio prestado como docente hora cátedra*** *y señaló que para su cálculo se daría aplicación al parágrafo 1° del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.*
>
> *Posteriormente en sentencia de 8 de agosto de 2003[17] [18] se ratificó el anterior criterio, para lo cual se concluyó lo siguiente:*
>
> > *"(...) En lo que tiene que ver con el cómputo de tiempo de servicio que da lugar a l****a pensión de jubilación,*** *el parágrafo 1° del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señala que sólo* ***se computaran como jornadas completas de trabajo las de cuatro horas***

---

[15] *SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA CONSEJERO PONENTE: DOCTOR ALFONSO VARGAS RINCÓN (E) Bogotá, D.C.,* ***veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015)*** *Radicación No. 25000-23-42-000-2012-02017-01 Expediente No. 0775-2014 Actor: SOLANGEL CASTRO PÉREZ Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES –UGPP Naturaleza: AUTORIDADES NACIONALES.*

[16] *Y de los cuales se destacan otros pronunciamientos de la Corte Constitucional, Sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004,*

[17] *Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 24 de agosto de 2000, expediente No. 1053-00, M.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.*

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 8 de agosto de 2003, expediente No. 0396-03, M.P. Dr. Jesús María temos.

diarias. *Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo rea! y dividiéndolas por cuatro, el resultado que asi se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los del descanso remunerado y de vacaciones conforme a la ley.*

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

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

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

De lo expuesto, se concluye que cuando se evidencie la prestación del servicio docente a través de las OPS, este lapso laborado **ha de contabilizarse como tiempo para efectos pensiónales**, posición que también ha sido acogida por el Superior Jerárquico con la salvedad del **fenómeno prescriptivo de los derechos prestacionales de las ordenes de prestación de servicios**, mas no para le imprescriptibilidad de la pensión, pues dicho tiempo ha de tenerse en cuenta para el cómputo para el reconocimiento de la pensión, destacando para el **efecto el pronunciamiento desde la sentencia de 19 de diciembre de 2014**, la Sala de Decisión No. 05 en la cual se señaló[19]:

"(...)

---

[19] *TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA. Sala de Decisión No. 5. Magistrado Ponente: Dr. Félix Alberto Rodríguez: Riveros. Sentencia de 19 de diciembre de 2014. Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Pedro Antonio Guerrero Muñoz: Demandado: Municipio de Cómbita. Radicado: 15001-33-33-012-2013-00048-01.*

Más adelante, en la sentencia de fecha 19 de febrero de 2009, la Sección Segunda del Consejo de Estado[20] acogió de manera unánime la tesis expuesta anteriormente, precisando que en tratándose de prestaciones sociales producto de la existencia de un contrato realidad, *no puede aplicarse el término trienal de la prescripción de los derechos laborales por cuanto, es a partir de la sentencia que declara la existencia del contrato realidad* (sentencia de carácter constitutivo), *que se constituye el derecho a favor del contratista para reclamar las prestaciones sociales derivadas de aquél. De tal suerte que, al tratarse del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral no es exigible al momento de la presentación del reclamo ante la entidad, sino que nace a partir de la sentencia y es exigible desde su ejecutoria.*

(...)
Ahora bien, en jurisprudencia reciente[21] el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa al resolver un recurso de apelación interpuesto en contra de una decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar dentro de un contencioso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, precisó que, aun cuando la Corporación ha sostenido que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad sólo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, lo cierto es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama, queriendo ello decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado ***debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor a 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.***

(...)
Colígese de lo anterior que la labor docente en los establecimientos educativos oficiales no es independiente, dado que por su particularidad (servicio público) requiere que el servicio se preste personalmente y que esté permanentemente subordinado al cumplimiento del horario, de los reglamentos y políticas educativas[22], además, al constatar el requisito de la

---

[1] Consejo de Estado. Sentencia de 19 de febrero de 2009. C.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ. 2000-03449-01.
[21]Consejo de Estado, sentencia proferida el 9 de abril de 2014, C.P. Luis Rafael Vargas Quintero. Radicado No. 20001-23-31- 000-2011-00142-01(0131-13). Actores : Rosalba Jiménez Pérez y otros- "Expediente IMo. 6199. C.P. Clara Forero de Castro.
[1B]Frente al caso concreto el Consejo de Estado advierte que las labores desarrolladas por el demandante eran las mismas que las de Ios docentes de planta y que se cumplen los tres elementos de la relación laboral, siendo estos, prestación personal del servicio, continua subordinación y remuneración como contraprestación del servicio, pues la simple existencia de los contratos de prestación de servicios docentes, permiten inferir que la administración pretendió evitar el pago de prestaciones sociales encubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto como la subordinación y la dependencia se encuentran inherentes en la labor que desarrollan los maestros, es decir, son consustanciales al ejercicio

remuneración como contraprestación del servicio, observa la Sala que en cada una de las órdenes de prestación de servicios que suscribió el actor con la entidad demandada, se dejó establecido que percibiría "una asignación mensual como SALARIO INTEGRAL" (fls. 24 a 27), razones que conllevan a la Sala a concluir que los elementos de la relación laboral deben entenderse satisfechos por el demandante, quien suscribió con el Municipio de Combita sucesivos contratos de prestación de servicios para desempeñar labores como docente (fls. 16 a 24).

Así las cosas, al encontrarse acreditada la existencia de la relación laboral entre el señor Pedro Antonio Guerrero Muñoz y el Municipio de Combita, resulta procedente que el ***tiempo laborado por el accionante durante la vigencia de las órdenes de prestación de servicios, sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación,*** *ello por no estén sujetos los aportes pensiónales a ningún término de prescripción, tal como se dejó expuesto en líneas precedentes." (Negrilla y Subrayado fuera del texto).*

Advierte el Despacho que **respetuoso de las decisiones del Superior** la posición indicada en precedencia, también ha sido desarrollado por el H. Tribunal Administrativo en las siguientes decisiones, **criterio en común que acoge este Juzgado**, para el desarrollo del *sub lite,* las cuales se identifican y destacan así:

- ✓ Tribunal ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ- Sala de Decisión No. 3- **Del 31 de Marzo de 2016**- Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Demandante: Ana Yolanda Duarte Páez - Demandado Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Radicado: 15001-2333-000-2015-00322-00-Magistrada Ponente Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz[23] y de manera previa el

---

docente. Por ello, y conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una realidad laboral, creándose con el contrato administrativo una mera ficción, la cual impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a los docentes de planta, según términos de los artículos 13, 25 y 53 de la Carta."

[23] *"(...)* ***Conforme a lo anterior, ha de señalarse que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le asiste el deber de reconocer el derecho pensiona! que acá se señala, tiene la posibilidad de recobrar los aportes que debieron hacerse por los tiempos que se computan para pensión y que fueron servidos en virtud de las ordenes de servicios suscritas entre el Departamento de Boyacá y la demandante****; como se trata de aportes parafiscales, están sujetos a término prescriptivo, el cual habrá de contabilizarse desde la ejecutoria de esta sentencia, pues antes de este pronunciamiento no existía la obligación ni para el empleador ni para la demandante de efectuar dichos aportes.*

Una vez establecido lo anterior, es decir que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, resulta pertinente hacer mención a los factores salariales que ha de tenerse en cuenta para su reconocimiento, dado que existen pronunciamiento de unificación, que deben seguirse por las autoridades administrativas y jurisdiccionales, cuando se evidencie su aplicabilidad. En consecuencia la Sala procede a pronunciarse al respecto*, así: (...)"*

salvamento de voto de la decisión del 31 de julio de 2015, dentro del radicado 15001333301020130017 9-01[24].

- ✓ Tribunal ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ- Sala de Decisión No. 2- Del 18 de Septiembre de 2015- Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Demandante: Liliam Mabel Ramírez Lasso - Demandado Departamento de Boyacá - Secretaria de Educación- Radicado: 150013333003201300103-01- Magistrado Ponente Dr: Luís Ernesto Arciniegas Triana[25].

- ✓ Tribunal ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ- Sala de Decisión No. 1 Del 24 de Julio de 2015- Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Demandante: Martha Esperanza Lancheros Gil - Demandado Municipio de Samaca- Radicado: 150013333009201300087-01 -Magistrado Ponente Dr: Fabio Iván Afanador García[26], concordante con la decisión del 31 de julio de 2015, dentro del radicado 15001333301020130017 9-01 y otras referencias del mismo ponente[27].

Posición que también fue ampliamente estudiada por el **órgano de cierre**[28] de esta jurisdicción de lo contencioso administrativa, del cual se destaca lo siguiente:

---

[24] *Salvamento de Voto "Considero que, en casos como el presente, procede, sencillamente, declarar operada la prescripción frente a los derechos económicos derivados de la relación laboral: anular parcialmente el acto en cuanto negó la existencia de una relación laboral* ***y, como consecuencia, restablecer el derecho relativo al pago de aportes para pensión. Ello por cuanto, frente a estos últimos aspectos, no puede predicarse prescripción, como ampliamente lo explica la sentencia en el acápite 2.3.4., dado el lazo inescindible entre los derechos pensiónales y la relación laboral****.*
(...) A mi juicio, en casos como el presente, en tanto el trabajo desempeñado tiene efectos pensiónales, que es lo que realmente se reconoce, no cabe considerar la respuesta a una petición de revocatoria no demandable (...)".

[25] *"(...) Por otro lado, hay que decir que la declaración de la existencia de la relación laboral entre el departamento de Boyacá y la señora Liliam Mabel Ramírez Lasso impacta derechos de seguridad social y por contera el derecho imprescriptible a consolidar a futuro de lina a la pensión de jubilación (...)".*

[26] *"(...)*
Por otra parte, respecto de la forma de vinculación del personal docente, el artículo 6º de la Ley 60 de 1993 estableció la prohibición de vincular personal docente sin el lleno de los requisitos del estatuto docente "... ***ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.*** *Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute".*
(...)
De lo anterior, puede confirmarse que la labor docente es en sí misma una actividad revestida con las características propias de la subordinación, y por lo tanto, con las características esenciales de una relación laboral, de modo que por regla general, por su sola ejecución se desvirtúan los elementos de un auténtico contrato de prestación de servicios, y se hace necesario la aplicación del principio constitucional de la primacía sobre las formalidades, para garantizar los mínimos del trabajador en materia pensional.

[27] *Auto del 30 de julio de 2014 - Medio de Control: NyR 2012- 00160-01. Demandante: Ana Yolanda Duarte Páez. Demandado: Departamento de Boyacá. Y en sentencia con radicado 150013333003201300 20-01 de fecha 28 de agosto de 2014. Demandante: Elizabeth Buitrago Viasus. Demandado: Departamento de Boyacá.*

[28] *SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ- Bogotá D.C.,* ***trece (13) de mayo de dos mil quince (2015)****- expediente 68001233100020090063 6 01- radicado interno 1230-2014- Demandante: ANTONIO JOSÉ GÓMEZ SERRANO y demandado E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACIÓN.*

"(...)

3.1. Naturaleza de la Sentencia y condena en contratos realidad.-

Esta Corporación ha indicado que cuando se logra desvirtuar la naturaleza contractual de la vinculación, ***se deben reconocer las prestaciones sociales por el período realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta dicho restablecimiento, en aplicación de los principios de igualdad e irrenunciabilidad de derechos en materia laboral***[29]*.*

De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, esta Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es imposible con anterioridad a la Sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo[30]***, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.***[31]

---

[29] *La Sala así lo ha considerado en fallos como el proferido el 27 de noviembre de 2014, dentro del proceso Nº 3222 de 2013, demandante: David Alejandro Jaramillo Arbeláez, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. En ésta materia se destaca también el pronunciamiento de la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación de 17 de abril de 2008. Radicado No. 2776-05. C.P. Dr. Jaime Moreno García; Sentencia de 17 de abril de 2008. Radicado No. 1694-07. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia de 31 de julio de 2008. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia de 14 de agosto de 2008. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.*

[30] *Es necesario tener en cuenta que las sentencias estimatorias de las súplicas de la demanda pueden ser declarativas, constitutivas o de condena. La declarativa es la que confirma la existencia de un derecho o de una situación o estado jurídico existente, implica el reconocimiento de una situación jurídica preexistente. La constitutiva es la que modifica o extingue una situación jurídica existente creando una nueva que no existía. La de condena es la que impone el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. Es declarativa porque, declara el derecho preexistente, ordenando además, el efectivo cumplimiento de la prestación. En similares términos, la Corte Suprema de justicia indicó:"(...)En sentido análogo, las providencias judiciales, según una difundida clasificación "(...) se dividen en condenatorias, declarativas o reconoscitivas; y constitutivas o modificativas; según sea la naturaleza de las acciones incoadas, esto es, de acuerdo con el contenido de cada una de las suplicas de la demanda. Las sentencias de condena se encaminan a la declaración judicial de un derecho y a la condena del demandado a la satisfacción de la prestación debida, como consecuencia de la existencia del derecho que se reconoce o declara. (...) La sentencia declarativa o reconoscitiva, cuyo ámbito de aplicación es bastante reducido, se dirige únicamente al reconocimiento judicial de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, o a la constatación de un hecho jurídicamente importante. Esta sentencia, pues, sólo constata, reconoce o declara lo que es derecho, pero no dispone que las cosas se coloquen en el mundo exterior, como sea derecho. (...) Lo común en esas dos clases de sentencias consiste en que ambas reflejan la situación jurídica tal como ella es. En cambio, las sentencias constitutivas o modificativas, no solamente declaran lo que es, sino que constituyen algo nuevo, porque introducen una estructura nueva en la situación jurídica presente. Estas sentencias no son susceptibles de condena, porque no la necesitan, ya que lo que se persigue queda concedido en la sentencia misma. (...)" (sent. cas. civ. de 2 de abril de 1936).(...).".Sala de Casación Civil, M.P. Dr. William Namén Vargas, Sentencia de 29 de febrero de 2012, Referencia: 73001-3103-001-2000-00103-01.*
Así las cosas, la sentencia constitutiva reconoce un derecho o situación jurídica que no estaba contenida en un título anterior a la presentación de la demanda, es decir que mientras la sentencia declarativa se contrae a declarar la existencia de un derecho, aquella produce el efecto de crear, modificar o extinguir una situación jurídica.

[31] *Sentencia de 6 de marzo de 2008. Radicado No. 2152-06. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.*

Sin embargo, no puede perderse de vista que las sentencias constitutivas se profieren dentro del marco de un proceso suscitado entre personas determinadas, con pretensiones particulares, por lo cual, tienen efectos inter partes. En consecuencia, no se puede invocar la aplicación de dicha figura con el fin de suplir una eventual omisión en el ejercicio de acción en un caso específico.

Adicionalmente, considera la Sala necesario preciar que el carácter constitutivo del fallo que declara la existencia de una relación laboral, no exime al interesado de reclamar oportunamente ante la administración las prestaciones sociales derivadas del vínculo de trabajo que estima existió.

En efecto, si bien es cierto la ***Sentencia proferida en materia de contrato realidad es constitutiva del derecho reclamado, también lo es que los ciudadanos tienen la carga de hacer la petición prestacional dentro del término de prescripción so pena de incurrir en una omisión y, en consecuencia, perder la oportunidad de obtener un pronunciamiento favorable a sus pretensiones en sede contenciosa***[32]***.***

Sobre el particular, esta Corporación ha aclarado que en materia de contrato realidad los interesados tienen la obligación de hacer el reclamo ante la administración dentro de un plazo razonable[33]*, es decir, que si bien es cierto bajo dicha figura se reconocen los derechos y prestaciones teniendo en cuenta que su prescripción se cuenta a partir de la* ***decisión judicial, también lo es que el interesado debe atender la normativa procedimental y, por lo tanto, acatar los términos de caducidad y prescripción una vez finalizado el vínculo contractual (...)"*** *(Negrilla y subrayado fuera del texto).*

iii) DE LOS CRITERIOS AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En relación a la aplicación del criterio auxiliar de equidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado[34], refirió:

"La aplicación de la equidad constituye uno de los temas complejos de la jurisprudencia, pues a nadie escapa que una decisión judicial basada solamente en el principio de la equidad y alejada del texto legal, llevaría a

---

[32] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de 9 de abril de 2014, Radicación No. 2011-00142-01 (0131-13).*
[33] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Expediente Nº 11001-03-15-000-2014-01819-00.Ver también el fallo de 11 de noviembre de 2014, proferido por la Sala dentro del proceso Nº 3222 de 2013, demandante: David Jaramillo Arbeláez, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.*
[34] *Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 13 de julio de 2006*

un subjetivismo judicial que no puede tener cabida en un Estado de Derecho, como quiera que un juez sin el freno legal, está en riesgo de fallar de acuerdo con sus tendencias ideológicas.

Sin embargo, puede ocurrir que el juez se encuentre en presencia de una situación completamente nueva, por no haber contemplado el legislador un caso especial y en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Es en este punto donde la equidad es remedial, en tanto busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión, dadas las particularidades de la situación objeto de examen.

La equidad se encamina a evitar la arbitrariedad y la injusticia, que se pueda derivar de la aplicación de una lev a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal.

(...)

No hay duda entonces que tiene aplicación el principio "pro operatio" a que alude el artículo 230 Superior, que consagra la equidad como un criterio del que se auxilia el sentenciador para fundar su decisión.

(...)

Como se evidencia de lo anterior, atrás quedó el paradigma positivista que ***se traduce en el planteamiento de Montesquieu, que asigna al juez un lugar estrechamente subordinado, predicando que los juicios no deben ser más que "un texto preciso de la ley" y que los jueces "no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley****;*
(...)

No se trata de meros conceptos retóricos, sino de conceptos normativos con plenitud de efectos jurídicos, cuyo instrumento de eficacia es el juez. En esa medida, al invocar las razones de equidad y de justicia como sustento, lo que se hace es dar aplicación al modelo constitucional garantista en el que

la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución." (Negrilla y Subrayado fuera del texto original).

En similar sentido, el órgano de cierre en un estudio del reconocimiento de una pensión de sobrevinientes señaló:

" ***Considerando que el juez debe estar inspirado al momento de realizar la interpretación normativa por principios de justicia material y no formal, y que conforme el criterio auxiliar de equidad****, éste se encamina a evitar la arbitrariedad y la injusticia que se pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular, cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal, para la Sala es claro que si del 100% de la exigencia legal aplicable para este caso (15 años de servicio), el causante y cónyuge de la accionante alcanzó a cumplir el 98% (14 años 7 meses 16 días), no existe justificación real alguna que invalide el derecho a otorgarle el reconocimiento pensional bajo el régimen especial dispuesto en el aludido decreto, máxime que el ínfimo 2% restante, representado en escasos 4 meses 14 días, no lo alcanzó a cumplir por un simple capricho o decisión suya, sino por el acaecimiento de un hecho fortuito como es la muerte.*

Aunado a lo anterior, como está acreditado que la demandante y cónyuge supérstite del causante en la actualidad cuenta con 77 años de edad, al haber nacido en 1948, es diáfano que la hace merecedora de una protección especial, conforme lo ha estimado nuestro Tribunal Constitucional en su profusa jurisprudencia, de ahí que dejarla en el vacío al negarle la pensión de sobrevivientes, a pesar de las particularidades reseñadas, sería exponerla a condiciones de indignidad por una lectura literal y árida de la norma, comprometiendo su derecho a la seguridad social y a su mínimo vital que, por supuesto, ofendería su derecho esencial a una vida diga" (Negrilla y subrayado fuera del texto).

iv) DEL CONCEPTO DE PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Para el Despacho, es importante la conceptualización del precedente jurisprudencial en virtud del cual existen dos clases a saber, de un lado el que elabora la Corte Constitucional y el que elaboran los demás tribunales y juzgados del país, el primero existe desde la sentencia C-104 de 1993 y el segundo, desde la sentencia C-836 de 2001.

Así pues se entiende que precedente es aquella **sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto** de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.

De igual manera, se destaca como **la misma jurisprudencia constitucional**[35], ha diferenciado los precedentes, dividiéndolos para el efecto en dos clases teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia previa, denominándolos horizontal y el vertical, en relación al primero, este hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial y el vertical, se relaciona con los lineamientos **sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional**; así para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción y en los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios **hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores**.

Concordante, la Corte Constitucional[36] en ejercicio del control de constitucionalidad, en relación al estudio realizado al artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, indicó:

> ***"El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional para las autoridades***
>
> *11. El reconocimiento de ia jurisprudencia* ***como fuente formal de derecho,*** *opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parle de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de* ***un único sentido, obvio o evidente,*** *sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.[1]'* ***Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia,***

---

[35] ***Sentencia T-360/14***
[36] *Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva*

como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.

(...)

Así, en criterio de la Sata, *"todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o Local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, Ias autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional...*

(...)

En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la ratio decidendi de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas. ***Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica*** *y* ***la igualdad (le trato ante las autoridades.*** *(Negrilla y Subrayado fuera del texto)*

En virtud de lo anterior y atendiendo el análisis de la jurisprudencia de la corporación constitucional, se genera un efecto vinculante de las decisiones adoptadas por los superiores jerárquicos que contengan criterios unificadores, con el fin de evitar decisiones contradictorias para resolver asuntos equivalentes y así respetar las garantías fundamentales del debido proceso, y confianza legítima.

v) DEL CASO CONCRETO

Conforme a lo expuesto, el Despacho aterrizara el *sub-lite* de la siguiente manera:

5.1 Hechos probados

-. La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES mediante auto radicado N° 20146753536 – GNR 319247 del 12 de Septiembre de 2014, dispuso declarar la perdida de competencia en relación con el trámite de la solicitud de pensión de vejez del Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA

CARVAJAL (fls. 28-29), el fundamento de la decisión a que al revisar el certificado de información laboral Nº 1 exigido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expedido el 21 de febrero de 2013 (fl. 345), **el demandante laboró para la entidad demandada entre el 30/04/2008 al 25/04/2011.**

-. El Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, a través de apoderado judicial presentó acción de tutela con el fin de obtener el amparo de los derechos constitucionales al derecho de petición y pensión de jubilación, decisión de segunda instancia resuelta el 06 de Junio de 2015, por el Tribunal Administrativo de Boyacá con Ponencia del Dr. Luis Ernesto Arciniega Triana (fls. 31 a 46.

-. Conforme a lo cual, la Secretaría de Educación de Boyacá, a través del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo a los trámites administrativos profirió la Resolución No. 005421 del 01 de septiembre de 2015[37], por medio de la cual dispuso: *"... NEGAR la solicitud de pensión de vejez de la Ley 100 de 1993, reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Al docente LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL identificado con cédula de ciudadanía No 6.753.536 de conformidad con la parte motiva de la presente resolución. ...."* (fls. 19 a 20 y 438 a 439).

-. Con el fin de agotar la actuación administrativa, el demandante Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, el 7 de septiembre de 2015 (fls. 21-24), presentó recurso de reposición contra la decisión contenida en la Resolución No. 005421 del 01 de septiembre de 2015, **sin que dentro del término para emitir pronunciamiento fue resuelta la solicitud del interesado.**

-. De igual manera se encuentra acreditado que el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, laboró como instructor II, en el Instituto Superior de Educación Rural desde el **12 de agosto de 1980 al 21 de enero de 1985**, con aportes a CAJANAL, tal como se aprecia en el certificado de información laboral – formato No 1 del 20 de febrero de 2015 (fl. 47), con el respectivo certificado de salario base (fl. 48) y salarios mes a mes (fls. 49 a 51).

---

[37] ***"Por medio de la cual se resuelve una solicitud de cesantías parcial para reparación"*** *(Sic)*

-. Del reporte de semanas cotizadas de pensiones por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, para el periodo comprendido **del 17 de Octubre de 1984 al 31 de diciembre de 2003**, el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, ha cotizado un **total de 772,07 semanas fl. 52**), con el respectivo detalle de pagos efectuados a partir de 1995 (fls. 53-54).

-. Laboro para la Universidad Tecnológica y Pedagógica de Colombia desde el01 de marzo de 1999 al 27 de Julio de 1999, realizando los correspondientes aportes a CAJANAL, conforme al registro en el certificado de información laboral – formato No 1 del 13 de enero de 2012 (fl. 59), soportado en el certificado de salarios mes a mes (fl. 60).

-. Según el certificado de factores salariales de fecha 27 de noviembre de 2014, expedido por la Secretaria de Educación de Boyacá en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el docente demandante trabajo **por orden de prestación de servicios desde el 09 de Julio de 2001 hasta el 30 de Noviembre de 2002 y fue vinculado en provisionalidad desde el 30 de Abril de 2008, hasta el 25 de abril de 2011**, efectuándose los correspondientes descuentos con destino al fondo y percibiendo asignación básica, prima especial de alimentación, prima de vacaciones, horas extras y prima de navidad entre otros (fls. 55 a 58).

-. De igual manera, se encuentra probado mediante el oficio 1.2.5.1.1.38-2016PQR 3203 del 14 de julio de 2016 (fl. 226) allegado por la Secretaria de Educación de Boyacá – Gestión de nómina y liquidación que el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, se desempeñó como **docente vinculado** desde el 30/04/2008 y desvinculado el 25/04/2011.

-. A su turno, mediante el oficio 1.2.5.1.1.38-2016PQR 32082-16 del 18 de julio de 2016 en 122 folios, los cuales obran desde el folio 227 a 347 del expediente se **allegaron los antecedentes administrativos**, de las cuales se destacan los siguientes aspectos:

- ✓ Que el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, es Ingeniero Agrónomo, graduado desde el 16 de Junio de 1978 (fl. 236).

- ✓ Que el demandante, laboró al servicio del Municipio de Santa María, en el cargo de Director de la Umata, como empleado de libre nombramiento y remoción mediante el Decreto 002 de 2003, desde el 03 de marzo de 2003, hasta el 31 de diciembre del mismo año (fl. 289).

- ✓ Que mediante certificación del Rector del Colegio Departamental Honorio Ángel y Olarte de Pachavita – Boyacá, hizo constar que el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, laboró en dicha institución como docente en el área agrícola de tiempo completo así: año 2001 desde el 26 de febrero a 22 de junio a través de la OPS Nº 045 , del 09 de julio al 5 de diciembre con OPS 0624; del año 2002 del 07 de febrero al 30 de noviembre con la OPS 569 (fl. 290), concordante con la certificación de tiempo de servicios No 1.380 (fl. 314).

- ✓ Que el demandante, tomó posesión el 30 de Abril de 2008, en el cargo de Docente con nombramiento provisional en la plana Global de cargos docentes y directivos docentes de la Secretaria de Educación de Boyacá, **nombrado mediante el Decreto No 000528 del 14 de abril de 2008 (fl. 324)**, relacionado con la certificación laboral vista a folio 464.

- ✓ Que el nombramiento del Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, termino el 06 de abril de 2011, conforme al Decreto Nº 00279 (fl. 340).

-. A su turno, la Secretaria de Educación de Boyacá – Grupo de Nomina a través del oficio 1.2.5.1.1.38-2016PQR 32082 del 25 de julio de 2016 (fls. 393 a 394), informó que revisado el sistema para la Gestión de Recursos Humanos del Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, se desempeñó como docente vinculado desde el 30/04/2008 y hasta el 25/04/2011, **se realizaron los correspondientes aportes mes a mes por concepto de APFPM (Aportes Empelado Fondo Prestacional Magisterio**), sobre los factores devengados.

-. De lo allegado al plenario y conforme a las consideraciones Constitucionales, legales, jurisprudenciales efectuadas en el acápite correspondiente y una vez

revisado el expediente, el Despacho precisa que a los docentes **NO** se le aplica lo previsto en la Ley 812 de 2003, si la vinculación **es anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la norma y en consecuencia** su régimen pensional corresponde **al establecido en la Ley 91 de 1989**, por estar excluidos de la aplicación del régimen general, por lo anterior no resultaría aplicable el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o las normas del régimen especial docente, que implica la exclusión total del Sistema General de Pensiones, que preceptúa la transición, en virtud a que la transición no es aplicable a los docentes, pues sólo cuentan con dos posibilidades, las normas **exceptuadas de la Ley 100 de 1993 o su inclusión en el régimen general de pensiones**.

-. Concordante con lo anterior, **en aplicación del método de interpretación gramatical o literal**, utilizado por la jurisprudencia del Consejo de Estado[38], es deber de los jueces, someterse a la ley conforme lo establece el artículo 230 constitucional al señalar que estos *"en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley"* y, que para la correcta aplicación de esta, muchas veces se hace necesario interpretarla, se revisa lo que el artículo 27 del Código Civil, definen sobre la interpretación gramatical así:

> *"**Artículo 27. Interpretación gramatical**. Cuando **el sentido de la ley sea claro**, no **se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu**" (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

-. Es así que el término vinculación, al tenor del Diccionario de la Lengua Española corresponde a:

> *"VINCULACIÓN:*
> ***1.** f. Acción y efecto de **vincular**[39]."*[40].

-. En virtud de lo cual, el Juzgado señala que la **aplicación del artículo 81**[41] **de la Ley 812 de 2003**, es la que resulta predicable al caso del demandante Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, en la medida que **está**

---

[38] *Consejo de Estado – Sentencia de Unificación - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ- Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016)- Radicado No.: CE-SUJ21500133330102013001340l.*

[39] *Sujetar a una obligación.*

[40] *Asociación de Academias de la Lengua Española - Política de privacidad - Política de cookies - Aviso Legal - Accesibilidad - Contacto. http://www.asale.org/*

[41] *"...**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 ..."*

demostrado que posterior al 27 de junio de 2003, se realizó la vinculación[42] como docente a órdenes de la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá en la Institución Educativa Técnico Santa Cruz del Municipio de Motavita y que finalizó el 06 de abril de 2011, como da cuenta al Decreto Nº 00279 (fl. 340).

-. En igual sentido tal y como fue desarrollado en el acápite normativo y de acuerdo a la documental debidamente incorporada en la audiencia de pruebas celebrada el 29/07/2016 (fls. 412 a 416), la vinculación dada al señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL como docente desde el 30/04/2008 y hasta el 25/04/2011, **generó el correspondiente pago de los aportes mes a mes por concepto de APFPM (Aportes Empelado Fondo Prestacional Magisterio**), sobre los factores devengados, siendo claro que la entidad demandada es la responsable del reconocimiento de la pensión solicitada, atendiendo el Decreto 3752 de 2003.

-. Sin embargo y tal como fue indicado en precedencia en virtud de la jurisprudencia del órgano de cierre y de las consideraciones del superior jerárquico, también está demostrado que el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, se desempeñó como docente a través de las modalidades de Ordenes de Prestación de Servicios -OPS a disposición de la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá, según los formatos de certificado de historia laboral visto a folios (531 a 539 y 572 a 580), conforme a lo cual el tiempo durante ese lapso se debe tener en cuenta para contabilizar el computo de la pensión.

-. Lo anterior encuentra asidero en la sentencia de unificación[43] del órgano de cierre de esta jurisdicción y en la cual se consideró de manera clara que se debe **tener en cuenta para fines pensiónales el tiempo prestado al servicio público de la educación**, bien sea a través de horas cátedras o vinculación a través de las Ordenes de Prestación de Servicios, lo cual lleva a señalar que si ello es así, mucho más viable resulta aplicar para dicho efectos los tiempos de servicio completo prestado a la educación pública por medio de esas OPS.

---

[42] ***Decreto No 000528 del 14 de abril de 2008 (fl. 324)***
[43] *SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA CONSEJERO PONENTE: DOCTOR ALFONSO VARGAS RINCÓN (E) Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015) Radicación No. 25000-23-42-000-2012-02017-01 Expediente No. 0775-2014 Actor: SOLANGEL CASTRO PÉREZ Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP Naturaleza: AUTORIDADES NACIONALES.*

-. Sin embargo, para este Juzgado es importante **no perder de vista que de manera previa el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa**[44], al estudiar si había lugar al reconocimiento de la pensión de jubilación teniendo en cuenta los períodos laborados a través de un contrato de prestación de servicios-OPS, indicó:

> *"La existencia de la relación laboral con los docentes contratistas se* ***presume, sin que ello implique que dicho funcionario de hecho tenga los mismos derechos y obligaciones de los empleados públicos sujetos a un específico régimen legal y reglamentario, a una planta de personal y a la disponibilidad presupuestal correspondiente.*** *Para el presente evento aunque la relación de la actora con el Distrito se haya verificado mediante órdenes de prestación de servicios,* ***ello no impide, como ya se dijo, la existencia de la relación laboral****, que permite adicionar para el reconocimiento de la pensión...*
>
> *(...)*
>
> *Así las cosas, para el presente evento aunque la relación de la actora con el Distrito se haya verificado mediante órdenes de prestación de servicios, ello no impide, como ya se dijo, la existencia de la relación laboral[2], que permite adicionar para el reconocimiento de la pensión gracia, la experiencia que la actora tuvo en el ejercicio docente a nivel territorial antes del 31 de diciembre de 1980.*
>
> *(...)*
>
> *La existencia de un contrato de prestación de servicios que genere que la prestación del servicio se dé a favor de un tercero ajeno a este contrato de prestación de servicios,* ***no impide que encontrándose reunidos los requisitos de la relación laboral, se declare su existencia****, en desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como una verdadera garantía de los derechos de los trabajadores. Acorde con el argumento precedente, en los casos en que el operador jurídico verifique que entre quien presta el servicio y la entidad*

---

[44]*Sentencia del 15 de julio de 2010, radicación No. 25000-23-25-000-2007-91356-01(1465-09), Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.*

donde se ejecuta están presentes los elementos de la relación laboral, esta no puede desconocerse por el hecho de que por la prestación cumplida se recibió un pago por parte de un tercero, denominado contratante, pues se debe enfatizar que precisamente esta remuneración se derivó por la labor cumplida o realizada en la entidad beneficiada a título de contraprestación del servicio.". (Negrilla y subrayado fuera del texto)

-. Entonces, conforme a la jurisprudencia en precedencia, es claro que para el cómputo de las semanas para efectos pensionales, es válido tener aquellas laboradas a través de órdenes de prestación de servicios, **sin embargo, se insiste que la estructuración del contrato realidad no opera de ficto, de tal suerte, que para que se produzcan los efectos prestacionales, verbigracia, dicha relación debe ser declarada judicialmente, situación que no ocurre en el presente caso, pues el petitum fue delimitado únicamente al reconocimiento de la pensión de jubilación**.

-.Así que para el caso en concreto, se encuentra demostrado que el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, y el Departamento de Boyacá suscribieron órdenes de prestación de servicios, cuyo objeto era prestar los servicios de manera oportuna y permanente del servicio educativo, descritos así[45]:

Entidad	Vinculación	Desde	Hasta	Tiempo[46]	Folio
Departamento de Boyacá – Sec. de Educación.	OPS Nº 045	23/02/2001	14/06/2001	3 meses y 24 días	241 a 243 y 2575-576
Departamento de Boyacá – Sec. de Educación.	OPS Nº 0624	09/07/2001	04/12/2001	4 Meses y 25 días	247 a 249 y 577-578
Departamento de Boyacá – Sec. de Educación.	OPS Nº 0569	06/02/2002	29/11/2002	9 meses y 23 días	253 a 255 y 579 a 580
Total				**1 año- 6 meses y 12 días**[47]	

[45] *Ver también folio 314 del certificado de tiempo de servicios.*
[46] *Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 12503 del 4 de marzo de 19991. "(...) el año que ha de tenerse en cuenta para efectos de jubilación es el de **360 días**, por cuanto éstos representan los remunerados al personal vinculado estatutariamente y, además, porque el mes laboral sólo se estima en 30 días para efectos fiscales.*
[47] *Calculo equivalente en semanas es de 78.85.*

-. Sobre los lapso de interrupción de las ordenes de prestación de servicios presentadas por el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL de acuerdo al cuadro indicado en precedencia, es del caso referir que se infiere posiblemente se generó por los tiempos de receso escolar de junio y diciembre.

-. En virtud de lo acreditado y destacado sobre las órdenes de prestación de servicios del demandante LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, este Juzgado **enfatiza los argumentos esbozados en el salvamento de voto** del Magistrado del Tribunal Administrativo de Boyacá Dr. FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA dentro del radicado 2013-0179-01 del 20 de agosto de 2015, del cual se destaca:

"(...)

Para tal propósito, considero relevante destacar que antes de la reforma legislativa del año 2003 (Ley 797), el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 no contemplaba la obligatoriedad de las cotizaciones a pensión durante la vigencia del contrato de prestación de servicios. A partir de dicha fecha, todo contratista debe estar afiliado y pagar los aportes respectivos por concepto de pensión y salud.

Lo anterior implica que los contratos suscritos antes de la vigencia de la Ley 797 deberán ser tenidos en cuenta por el fallador para que se ordene las cotizaciones respectivas ante el Fondo de Pensiones, a fin de tener en cuenta tales tiempos de servicio al momento de contabilizar las semanas que exige la ley para el reconocimiento de la pensión. Considero relevante dicha distinción, pues el contratista, en esos periodos, no estuvo afiliado a la seguridad social en pensiones.

Sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley 797, necesariamente todo contratista ha de estar afiliado a seguridad social y, por lo mismo, pagar las respectivas cotizaciones. Por ello, no encuentro razonable ordenar que se realicen nuevamente los aportes a pensiones por un periodo de tiempo en el cual el contratista, por obligación legal, debió realizar dichos aportes. Y

tampoco encuentro acertado ordenar las devoluciones de los pagos realizados por el mismo concepto sin sujeción al término prescriptivo, pues dicha pretensión ya nada tiene que ver con la seguridad social, ***pues la devolución de unos pagos no tiene incidencia alguna en la adquisición del derecho*** *(...)". (Negrilla y Subrayado fuera del texto original)*

-. Advierte entonces el Despacho que si bien es cierto, reposa el formato Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio consecutivo No 5303, mediante el cual se registra los periodos de vinculación en provisionalidad como docente de la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá y en el cual se indica a través de los diversos actos administrativos, **el cómputo global laborado es de Dos (2) años, once (11) meses y Dos (2) días en virtud a la vinculación del 2008,** pues para los periodos del 2001 a 2002 a través de las ordenes de prestación de servicios y se infiere que no se realizó ningún aporte en razón a la modalidad de vinculación indicada para la época señalada pues no eran obligatorias las cotizaciones a pensión durante la vigencia del contrato.

-. Por otra parte en razón al régimen legal pensional aplicable al demandante y lo probado en el proceso, es del caso **consolidar el tiempo que efectivamente acredita haber cotizado** el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, conforme a lo allegado en el plenario[48], así:

[48] *Ver folios 52-54*

Entidad donde Laboro	**Entidad a la cual Cotizó**	**Desde**	**Hasta**	**Tiempo en días**	**Semanas [49] (Formula: 7 días equivalen a 1 semana)**	**Folio**
ISER	CAJANAL	12/08/1980	21/07/1985	1.600	228.571	47 - 295-296y s.s y 542-544
FEd Nacional de Cultivo de Cereales		17/10/1984	30/07/1988	1383	197.571	293
Fenalce		03/08/1988	31/12/1994	2342	334.571	
Federación Nacional de Cultiva		01/01/1995	11/12/1997	1061	151.571	
UPTC	CAJANAL	01/03/1999	23/7/1999	143	20.428	59 -242 y 543.
Alcaldía Municipal de Santa María		01/03/2003	28/03/2003	28	4	
Alcaldía Municipal de Santa María		01/04/2003	30/06/2003	90	12.857	
Alcaldía Municipal de Santa María		01/08/2003	31/12/2003	150	21.428	
	FNPREMAG	30/04/2008	24/04/2011	1.076	153.7142	545
	Total			**7.873** **Equivalente a 21 años, 10 meses y 13 días[50]**	1.124.714	

[49] *Marco Normativo y Jurisprudencial. A. Parágrafo 2° del artículo 33 Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003. "Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se hará sobre el número de días cotizados en cada período".*

[50] *Corroborable con el contenido de los folios 452-453*

-. Conforme a lo anterior y en razón al cómputo de las cotizaciones efectivamente realizadas y del cálculo en desarrollo de las órdenes de prestación de servicios el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, **cuenta con un total de 1.203,571[51] semanas cotizadas, al momento de finalizar su vinculación laboral con la demandada y según el registro de las condiciones para el año 2011 se predicaba en 1.200 semanas cotizadas y que se observa superan el mínimo indicado en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.**

-. Sin embargo y para concretar si el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión, el Despacho indica que la justificación dada por la demandada en la Resolución 005421 del 01/09/2015 obedeció a la ausencia del visto bueno por parte de la Fiduciaria "La Previsora S.A", cuyo concepto correspondió entre otros aspectos a los que se destacan:

> *"(...) estado negada: observaciones: no se imparte visto bueno a la prestación ..., se verifica la fecha de vinculación al fondo nacional de prestaciones sociales al magisterio y el docente ingresa el 30 de abril de 2008 con vinculación departamental sistema general de participaciones con un total de 382.8 semanas teniendo una totalidad de tiempo de* ***servicios de 1296*** ***semanas y la ley 100 de 1993 exige para el 2015 13000*** *semanas, el docente cumple la edad mínima para pensionarse en el 2009, pero a la fecha no ha cumplido con el mínimo tiempo de servicio (...)"[52] (Negrilla y Subrayado fuera del texto)*

-. Es decir la demandada acepta del estudio efectuado de los antecedentes administrativo, que el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, tiene derecho al reconocimiento de la pensión, sin embargo para el total de semanas establecidas para el 2015 atendiendo el régimen de prima media con prestación definida **le hacen falta cuatro (4) semanas** de cotizaciones, sobre el particular

---

[51] *Corresponde a la sumatoria del periodo cotizado directamente a los fondos y el cómputo de las órdenes de prestación de servicios así: 1.124.714 + 78.85 = 1.203,13.*
[52] *Ver específicamente folio 20*

el Despacho destaca el contenido del artículo 53 de la Constitución Política, mediante el cual se establece una serie de derechos y garantías mínimas fundamentales en favor de los trabajadores, que no pueden ser resquebrajadas o pretermitidas, así que el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas jurídicas laborales o en la interpretación de éstas, señalando que el funcionario público deberá optar por dar aplicación a la situación más favorable al trabajador, **cuando exista un conflicto de normas jurídicas, o dudas en la interpretación de una determinada norma jurídica**.

-. Sobre las condiciones del principio de favorabilidad, en reiteradas jurisprudencias del H. Corte Constitucional[53] en el contexto de la condición más beneficiosa en relación a las expectativas de acceder a la pensión de vejez, específicamente en aquellos casos donde se ha cumplido la edad pero existe discrepancia en la interpretación de las semanas cotizadas que debe acreditar el futuro beneficiario, extrayendo el siguiente apartes jurisprudencial:

> ***"La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla.*** *De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varías interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador" (Negrilla y subrayado por el Despacho).*

---

[53] *sentencia C-168 de 1995*

-. Sobre decisiones donde se acepta el reconocimiento de una pensión por falta de algunos periodos cotizados, se acoge la postura del Superior Jerárquico en decisión reciente del 23 de mayo de 2016, dentro del radicado 152383333752-2014-00071-01- Sala de Decisión N° 154 con Ponencia del Magistrado Dr. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA y del cual se destaca los siguientes a partes:

> *"**De la lectura de las historias laborales la Sala encuentra probado que el causante cotizó un total de 1150 semanas, por lo que los demandantes no cumplen el requisito que prevé el parágrafo primero del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes solicitada, toda vez que para el año 2011 fecha de fallecimiento del señor Carlos Alfonso González el número de semanas mínimo requerido para ser beneficiario de la prestación era de 1200 semanas.***
>
> *Ahora bien, y a efectos de analizar si hay lugar a conceder la prestación reclamada por los demandantes a la luz del principio de la condición más beneficiosa, es menester, acudir a la norma que regía con anterioridad a la **entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, esto es, la Ley 100 de 1993**, (...)*
>
> *En ese orden y una vez revisadas las historias laborales aportadas al expediente, es dable concluir que al momento del fallecimiento del señor Carlos Alfonso González el 20 de noviembre de 2011 el cotizante no cumplía las condiciones que preveía los literales a) y b) numeral segundo del artículo 46 original de la Ley 100 de 1993, pues de un lado no se encontraba cotizando al sistema debido a que dejó de cotizar el 18 de junio de 2009 (fls 12), y de otro, al dejar de hacerlo no realizó los aportes que exige la norma para su reconocimiento (26 semanas) en el año anterior al deceso).*
>
> ***Sin embargo, y pese a lo anterior estima la Sala que en el sub lite, dada la circunstancia particular que se presenta hay lugar al reconocimiento pensional reclamado en virtud del criterio auxiliar de equidad, previsto en el artículo 230 Constitucional55***
>
> *(...)*
>
> *En consideración a lo expuesto, éste Tribunal accederá a las pretensiones de la*
>
> *demanda no por las razones expuestas por el apoderado de la parte actora en el libelo introductorio, sino en virtud del criterio auxiliar de equidad, en aras de evitar una verdadera arbitrariedad e injusticia para los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes reclamada, no sin antes precisar el monto y la distribución de la referida prestación entre estos. (...)" (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

---

54 Integrada por los Honorables Magistrados: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz y Patricia Victoria Manjarrez Bravo.
55 La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. v Radicado interno 5116-05, CP Dra. Ana Margarita Olaya Forero

-. Concordante y teniendo en cuenta que al demandante en razón a su vinculación le es aplicable el régimen y contenido de la **Ley 812 de 2003 concordante con el Decreto 3752 de 2003**, la demandada cuenta con una guía práctica de reconocimiento de prestaciones sociales para la vigencia 2015-2016[56] y de la cual se destacan los siguientes a partes:

"(...) 6. Prestaciones Sociales

En vigencia de la Ley 812 de 2003 (Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios)

Los docentes nombrados en vigencia de la Ley 812 de 2003, una vez cumplido los requisitos exigidos en la Ley 797 de 1993 y sus decretos reglamentarios tendrán derecho:

Pensiones

Pensión de Vejez

Tiempo de Cotización: ***Haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo*** *(una semana es igual a 7 días calendario). A partir del 01-01-2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1 de enero de 2006, se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas al año 2015. (...)"*

-. Es decir que en los términos del **artículo 9[57] de la Ley 797 de 2003**, los requisitos para acceder al reconocimiento de pensión **son haber cumplido una edad determinada (57 años) y un mínimo de semanas cotizadas las cuales se computan[58] en los términos del parágrafo primero ibídem.**

---

[56] *file:///C:/Users/ECASTELP/Downloads/ManOperatPrestEcono-docentes.PDF*

[57] *"**ARTÍCULO 90.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*
Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:
1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.
A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas 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 en el año 2015.
(...)".

[58] *"...**PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:***
a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;

-. En virtud de lo cual se encuentra acreditado que el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, cumplió los **57 años de edad el 07 de noviembre de 2006 en los términos de la Ley 812 de 2003**, corroborado con la copia de la cédula de identidad obrante a folios 30 – 458, y en razón a las semanas cotizadas por el demandante en los términos de los requisitos exigidos de la citada y sus decretos reglamentarios se tiene lo siguiente:

AÑO	SEMANAS A COTIZAR
2005	1050
2006	1075
2007	1100
2008	1125
2009	1150
2010	1175
2011	1200
2012	1225
2013	1250
2014	1275
2015	1300

-. Es decir que desafortunadamente la entidad demandada, entendió que el demandante **adquirió el derecho pensional en el año 2015** y por ello le impone la carga de soportar 1.300 semanas de cotización, **desconociendo que el interesado cumplió la edad de los 57 años en el 2006 y el tiempo de veinte años de servicio en el año 2009[59], cuando prestaba sus servicios como docente en el Colegio Santa Cruz de Motavita, de lo cual reposa acta de posesión N° 189 vista a folio 336, concordante con la documental ya referida.**

---

b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;
c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.
e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.
En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), 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, el cual estará representado por un bono o título pensional.
Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. LosFondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

[59] *Específicamente el 10 de Agosto de 2009*

-. En consecuencia, dicha postura se fundamenta principalmente en una acepción de la condición más beneficiosa como un postulado que sólo protege las expectativas legítimas de los afiliados frente a cambios intempestivos de normatividad en el marco del principio de favorabilidad y en uso que este operador judicial hace del criterio auxiliar de equidad.

-. Por lo tanto a la fecha de desvinculación del 25/04/2011, se **consolido un total de 1.203,571, es así que en los términos de la tabla ilustrativa para el año 2009 las semanas cotizadas correspondían a 1150, cifra inferior a las reportadas con lo arrimado en el plenario y superior al mínimo indicado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.**

-. En este aspecto insiste el Despacho, **que no se puede confundir el momento en el cual se adquiere el status pensional** y para el asunto en estudio conforme a todo el expediente allegado, se encuentra que el Demandante lo consolido en el 2009, sobre este aspecto el H. Tribunal Administrativo de Boyacá con Ponencia del Dr. Luis Ernesto Arciniega Triana dentro del radicado de tutela 2015-00003-01 del 06 de junio de 2015 (fls. 31 a 46), señaló:

> *"Con fundamento en las pruebas allegadas por el demandante, se evidencia que cumplió la edad de los 55 años en el año 2004 y* ***los 20 años en el 2009, es decir cuando el demandante era docente en el Colegio Santa Cruz de Motavita*** *(...)" (Negrilla fuera del texto)*

-. Si bien es cierto frente al fallo de tutela en cita la interpretación del marco normativo difiere con la documental arrimada en el expediente ordinario, respetuoso de las decisiones del **superior se indica que la adquisición del estatus pensional es diferente al momento en que se solicite por parte del interesado**.

-. Así las cosas queda demostrado que el demandante Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación desde el año 2009, cuando cumplió con las semanas cotizadas exigidas **independiente a que desde el 07/11/2006 había cumplido los 57 años de edad,** presupuestos exigibles para el reconocimiento

de su derecho a la pensión, en razón a la vinculación con la demandada que acaeció en vigencia de la Ley 812 de 2003 y atendiendo los requisitos para acceder al reconocimiento en los términos de la Ley 797 de 2003.

5.2 Del reconocimiento de la pensión

Una vez establecido lo anterior, es decir que el demandante LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pues la vinculación fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, resulta pertinente hacer mención a los factores salariales que ha de tenerse en cuenta para su reconocimiento, atendiendo tal y como fue ampliamente expuesto en precedencia en los términos de la Ley 812 de 2003 Art. 81, Decreto 3752 de 2003, Decreto 2341 de 2003[60], Art. 33 Ley 100 de 1993 modificado Art. 9 Ley 797 de 2003, concordante con el artículo 34 ibídem.

Conforme a lo anterior, la base de liquidación de la pensión a favor de LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes al docente durante el lapso que estuvo vinculado con la demandada atendiendo el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003 y la debida prueba incorporada** obrante a folios 412 a 416.

Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., utilizando la siguiente fórmula de actualización de condena:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a la mesada pensional decretada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de

---

[60] *el cual en su artículo 1° estableció que la tasa de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponde a la suma de aportes para la salud y pensiones establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003*

precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se debió hacer el pago respectivo. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada mesada pensional.

Así mismo, la entidad deberá dar cumplimiento a las sentencias en los términos establecidos en los artículos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

5.3 De la prescripción y de los descuentos

Como fue reseñado anteriormente, al ordenarse el pago de la ***pensión a favor del demandante,*** sobre los factores concordante con lo instituido por el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en razón a la adquisición del estatutos en el año 2009, aclarando que en relación del lapso en el cual el Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL tuvo la condición de docente en calidad de contratista, **no se ha declarado una relación laboral**, únicamente y con la presente sentencia sea efectuado un cómputo de dicho lapso para efectos del reconocimiento de pensión.

A su turno este Juzgado no desconoce que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el responsable del pago de la pensión de jubilación del Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, sin embargo al tenor de la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, la entidad demandada puede hacer uso por vía administrativo y/o judicial de las acciones pertinentes para obtener el respectivo recobro atendiendo la figura de las cuotas partes pensionales.

Concordante con lo indicado el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en correlación con el artículo 102 Decreto Nacional 1848 de 1969, prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

> *"Artículo 41°.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto* ***prescribirán en tres años****, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
>
> *El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. " (Resaltado fuera de texto)*

Es decir, que **la prescripción comienza a contarse <u>a partir del momento en que el derecho que se reclama se hace exigible</u>**, no obstante el simple reclamo escrito del trabajador ante su empleador, interrumpe este término por un lapso igual, esto es, por tres años, luego para el caso bajo estudio se tiene que:

- ✓ El status pensional del demandante se adquirió, como se dijo, el <u>10/08/2009, derecho que se reconoce a partir de la ejecutoria de la presente providencia.</u>

- ✓ El Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, mediante radicación web -2015-PENS-043342 del 31 de Agosto de 2015, presentó solicitud de reconocimiento de pensión ante la demandada y la actuación administrativa se agotó con la Resolución N° 005421 del 01/09/2015, debidamente notificada el 02/09/2016 (20 vto) y en la cual se dispuso la negativa del reconocimiento pensional.

- ✓ A su turno y si bien es cierto el demandante, mediante recurso de reposición (fls. 22 a 24), radicado el 08/09/2015 N° de requerimiento 2015 PQR41471 (fl. 21), solicito se revocara la decisión en cita, no obtuvo respuesta por la entidad y en consecuencia vencido el lapso concedido por la Ley 1437 de 2011, incoo el medio de control de la referencia, demanda radicada el 28 de enero de 2016, en virtud del acta individual de reparto secuencia 70 fl. 63.

- ✓ Conforme a lo cual, la única actuación de la administración donde tuvo conocimiento de la negativa del reconocimiento de su derecho, fue la Resolución N° 005421 del 2015, notificada el 02/09/2016 y en razón a la solicitud del 31 de agosto de 2015, se advierte que no ha operado ningún fenómeno prescriptivo de las mesadas pensionales, **pues en gracia de discusión** el reconocimiento y condiciones declarativas del derecho se pregonan a partir de la ejecutoria de la presente sentencia como fue indicado por la jurisprudencia del órgano de cierre[61].

---

[61] *Ya citada en las consideraciones Consejo de Estado- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ- Bogotá D.C., **<u>trece (13) de mayo de dos mil quince (2015)</u>**- radicado interno 1230-2014.*

Lo anterior, no desconoce los postulados de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ni del superior jerárquico, pues en el sub lite, no se declaró la existencia de un contrato laboral, sino un derecho pensional a favor del demandante LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, atendiendo las condiciones del contradictorio de manera expresa de las pretensiones, cuyos efectos se generan con la ejecutoria, por ello en criterio de este Despacho, no han prescrito los valores de las mesadas, o la mesada misma, y las bases y factores sobre las que se calculó el monto o valor de la pensión, porque no había sido reconocida y el demandante la reclamo hasta el 2015 cuando tuvo conocimiento, por lo tanto no hay lugar a decretar la prescripción trienal de las mesadas reconocidas, toda vez que no se cumplen los presupuestos que para tal fin prevé la normatividad referida.

Finalmente y en relación con el tema de los descuentos, se advierte como fue reseñado en el acápite correspondiente que los mismos no operan acogiendo el criterio del H. Magistrado DR. FABIO IVAN AFANADOR. Sin embargo y en caso de que no se hayan efectuado aportes sobre todos los factores salariales, no obsta para que después de liquidar la pensión se realicen los respectivos descuentos, razón por la cual es pertinente ordenar que al momento de efectuar la liquidación, la entidad atienda lo establecido por el H. Consejo de Estado, en sentencia del 9 de abril de 2014, siendo consejero ponente el Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso radicado bajo el No. 250002325000 2010-00014-01.

CONCLUSIÓN

Para concluir y en consecuencia resolver el problema jurídico planteado atendiendo el marco normativo, criterios jurisprudenciales y material probatorio, se advierte que la decisión contenida en la Resolución No. 005421 del 01 de septiembre de 2015, desconoce el derecho fundamental y vital al reconocimiento de una pensión de vejez. De igual manera y en virtud de la fecha de vinculación del Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, con la entidad demandada el régimen pensional aplicable al caso en concreto es el contenido por la Ley 812 de 2003 y en virtud del cumplimiento de los 57 años y las semanas cotizadas para dicho lapso basados en los criterios auxiliar de la justicia entre ellos el de equidad, dentro del presente medio de control se dispone el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante.

COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Por último, como en el presente caso se accede a las pretensiones de la demanda, el Despacho, atendiendo a lo establecido en el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión expresa dispuesta en el artículo 188 del C.P.A.C.A., condenará en costas a la parte demandada, cuya liquidación deberá elaborarse por Secretaría, en los términos previstos en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Finalmente, conforme a lo prevé actualmente la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el acuerdo **PSAA-16- 10554**[62], expedido el 05 de agosto de 2016, se fijará como valor de las agencias en derecho el 4% de las pretensiones solicitadas en la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 005421 del 01 de septiembre de 2015, proferida por la Secretaría de Educación de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer, liquidar y pagar la pensión de jubilación de vejez a favor del Señor LUIS FRANCISCO SANTAMARIA CARVAJAL, identificado con cédula de ciudadanía 6.747.880 de Tunja, a partir del 10 de Agosto de 2009, cuya base de liquidación de la pensión no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes al docente durante el lapso que estuvo vinculado con la demanda atendiendo el artículo 3 del

---

[62] *"Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho"*

Decreto 3752 de 2003 en las mismas condiciones en las cuales se realizaba los aportes por concepto APFPM tal y como fue certificado63.

TERCERO: Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el IPC, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 del CPACA., y devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de ésta providencia, atendiendo lo previsto en el artículo 192 ibidem.

CUARTO: Ordenar al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que cumpla el fallo, en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Condénese en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Liquídense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

SÉPTIMO: En los términos del acuerdo PSAA-16- 10554 y para efectos cumplir lo ordenado en el numeral anterior fíjese como agencias en derecho la suma del 4% del valor solicitado en la demanda.

OCTAVO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA; realizado lo anterior y previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia auténtica a la parte demandante con la constancia de ejecutoria conforme a las precisiones de los artículos 302, 114 y 115 del C.G.P , y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando previa verificación de habérsele conferido la facultad expresa de recibir conforme al artículo 77 C.G.P, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA. Para efectos de lo aquí dispuesto, téngase en cuenta el Acuerdo reglamentario de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura PSAA 16-10458 de febrero de 2016.

---

63 *Ver folios 393 y 394*

NOVENO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
Juez

JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA
NOTIFICACION POR ESTADO ELECTRONICO
El auto anterior se notificó por Estado No. 103 Hoy 12-10-16 siendo las 8:00 AM.
SECRETARIO

Consejo Superior de la Judicatura