

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Ibagué, dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022).

RADICACIÓN No. 73001-23-33-000-2021-00308-00

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto a la decisión mayoritaria considero que, en el presente asunto, se le está dando a la jurisprudencia que le sirve de soporte, específicamente la Sentencia c-555 de 1994 de la Corte Constitucional y a la sentencia de la Sección Segunda del 25 de agosto de 2016 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, un alcance que desborda lo establecido por esos pronunciamientos judiciales pues, si bien es cierto, la jurisprudencia citada autoriza la utilización del tiempo servido bajo la figura de Ordenes de Prestación de Servicios, para efectos meramente pensionales y sin que medie la declaración judicial de desnaturalización de estos actos contractuales, también lo es que, en el presente asunto, se le reconocen efectos a esas conclusiones jurisprudenciales no solo sobre el tiempo de causación de la pensión del demandante sino, especialmente, sobre el régimen jurídico de la pensión a reconocer, sin tomar en cuenta, la vinculación del demandante como docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la consecuente adquisición del carácter de empleado público, que en este caso, son eventos simultáneos habida cuenta que no existe aún una declaración judicial que desvirtúe el carácter de contratista derivado de la ejecución de las Ordenes de Prestación de servicio que en este asunto se aducen como el elemento fundamental para el reconocimiento de la pensión reclamada.

En esas circunstancias, considero que el régimen pensional del demandante no es otro que el establecido en la Ley 100 de 1993, de una parte, porque al no haberse reconocido aún mediante pronunciamiento judicial la desnaturalización de los contratos suscritos, no procede la aplicación de las normas pensionales previstas en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, ni el establecido en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, porque los destinatarios de esas pensiones son los empleados oficiales, en el primer caso, y los empleados oficiales y los trabajadores dependientes, en el segundo evento, lo que permite concluir que solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, se previó la posibilidad de cotizar para pensiones en condición de contratista de una entidad pública, como ocurre con las OPS en el sub judice.

Por tal razón, el régimen pensional del demandante en este caso, en estricto apego al ordenamiento jurídico, no puede ser otro que el establecido en el artículo 81 de Ley 812 de 2003, en cuyo inciso segundo se señala:

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

Lo anterior porque, en ausencia de un pronunciamiento judicial de desnaturalización de los actos contractuales que se traen como sustento de su solicitud, el demandante no tiene la connotación de empleado oficial que exige la Ley 33 de 1985 a sus destinatarios y, a falta de esta condición, tampoco puede aducir la condición de trabajador que se incluye como requerimiento opcional para la aplicación de las normas pensionales de la Ley 71 de 1988, aun cuando debe precisarse que esta última norma solo vino a aplicarse un vez fue reglamentada mediante el Decreto 2709 de 1994 en el que, obviamente se incluyeron los principios y las reglas establecidas en la Ley 100 de 1993 que, para ese entonces ya se encontraba vigente.

En consecuencia, considero que la jurisprudencia citada como soporte de este proyecto respalda adecuadamente la decisión de otorgarle efectos pensionales al tiempo servido por el demandante bajo la modalidad de Ordenes de Prestación de Servicio o instrumentos similares, pero también considero que la jurisprudencia citada no puede servir de fundamento a la decisión que se profiere en esta ocasión, de la cual disiento respetuosamente, en el sentido de establecer la Ley 33 de 1985 como el régimen pensional para el reconocimiento de esa prestación al demandante, porque en las condiciones que se reseñan en el sub judice, no se cumplen los requisitos previstos en esa Ley para asumir tal decisión y, tampoco se cumplen, para descargar el fundamento jurídico de esa pensión en las normas de la 71 de 1988, ya que un examen estricto de las circunstancias de vinculación del demandante al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio lleva a concluir que su pensión debe regirse por las normas de la Ley 100 de 1993.

En los anteriores términos, dejo consignado mi salvamento de voto.

El Magistrado,



ÁNGEL IGNACIO ALVAREZ SILVA