



República de Colombia
Rama Judicial
Tribunal Administrativo del Tolima
Mag. José Aleth Ruiz Castro

Ibagué, cuatro (04) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Radicación N°:	73001-23-33-000-2021-00326-00
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	GRACIELA VARGAS ROJAS
Demandado:	NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERO - FOMAG.
Tema:	Reconocimiento pensión de jubilación docente

Expediente digitalizado

I- ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en el artículo 152 num. 2 del C.P.A.C.A., procede esta Sala Oral a proferir sentencia de anticipada dentro de presente asunto, al encontrar reunidos los requisitos previstos en el artículo 182ª del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2001.

II- ANTECEDENTES

1. 1. Pretensiones¹

“1. Que se declare la NULIDAD de la Resolución No 1858 del 14 de mayo de 2021 “Por la cual se niega una solicitud de Pensión de Jubilación”, proferida por la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL E PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, mediante el cual se niega, EL RECONOCIMIENTO DE UNA PENSION a mi poderdante.

Condenas

Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. Se ordene a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL E PRESTACIONES SCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, a reconocer, liquidar y pagar a mi mandante la pensión de jubilación a la que tiene Derecho, de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y Leyes 33 y 62 de 1985.

2. Que se condene a la demandada a reconocer y pagar a mi mandante, debidamente indexadas en su valor, las sumas que dejó de percibir por concepto de pensión de jubilación, desde el momento en que adquirió su status pensional (55 años y 20 años de servicio) tomando como base de liquidación el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios anterior a la liquidación de su status pensional, incluyendo la totalidad de los respectivos factores salariales devengados.

¹ Ver archivo 004Demanda Graciela Vargas Rojas (2). pdf

3. Reconocer la compatibilidad entre pensión y sueldo que cubija los docentes con vinculación antes de la expedición de la ley 812 de 2003.

4. Condenas a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL E PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – a que de estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo disponen los artículos 189 y 192 del CPACA.

5. Condenar a las Entidades demandadas a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, conforme lo establecido en el artículo 192 del CPACA.

6. Condenar a las demandas a reconocer sobre las mesadas adeudadas a mi mandante, los ajustes de valor de dichas sumas, Conforme al IPC.

7. Condenar en costas a la demandada tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA.

2.- Fundamentos fácticos.

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos:

- La demandante labora como docente al servicio público de la educación del Departamento del Tolima, afiliada al FOMAG, prestando sus servicios así:

Entidad	DESDE	HASTA
Colpensiones	14/03/1989	31/08/2005
Municipio de Honda Temporalidad	09/05/1994	09/12/1994
	09/05/2001	09/08/2001
	28/08/2001	28/11/2001
	04/02/2002	28/02/2002
Municipio de Honda O.P.S.	01/03/2002	30/04/2002
	02/05/2002	21/06/2002
	08/07/2002	08/09/2002
	09/09/2002	06/12/2002
DEPARTAMENTO DEL TOLIMA	12/07/2005	A LA FECHA

- La actora ingresó al servicio público de la educación desde el 09 de mayo de 1994, es decir, antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, que incorporó a los docentes a la Ley 100 de 1993, excluyendo únicamente la edad.
- Por lo anterior, su pensión debe ser reconocida según lo establecido en las leyes 33 y 62 de 1985 y Ley 91 de 1989, es decir, con 55 años de edad y 20 años de servicio, tomando como base de liquidación el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, anterior a la adquisición de su status pensional, incluyendo la totalidad de los respectivos factores salariales devengados, y respetando la compatibilidad que debe tener entre sueldo y pensión.
- La accionante adquirió su status pensional el 01 de octubre de 2019.
- La entidad demandada negó la pensión a la accionante bajo lo establecido en la ley 100 de 1993, argumentando que teniendo en cuenta la fecha de vinculación se debe liquidar con base al régimen de pensión vigencia Ley

812 de 2003, que ordena una liquidación de prima media y el cumplimiento de los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

- La entidad demandada omite incluir en el cálculo de la pensión los tiempos laborados por la accionante mediante órdenes de prestación de servicios con el municipio de Honda desde el 09 de mayo de 1994 hasta el 06 de diciembre de 2002.

2.1 Fundamentos legales

Como fundamentos legales de sus pretensiones invocó el contenido de los arts. 1, 2, 3, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Carta Política, las Leyes 91 de 1989, 812 de 2003, 33 y 62 de 1985, el Acto Legislativo No. 01 de 1985, el art. 279 de la Ley 100 de 1993m, los decretos 2285 de 1995, 224 de 1972, 1042 de 1975, y 2277 de 1979.

A juicio del apoderado actor existe violación directa de la Constitución y la ley porque la vinculación por primera vez de la docente actora es la que determina el régimen pensional de los docentes, independientemente que se encuentre hoy en el Decreto 1278, si la vinculación como docente fue con anterioridad al 27 de junio de 2003, en lo referente al régimen pensional se les aplica la normativa anterior que es el art. 15 de la Ley 91 de 1989, tal como lo dispone la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, C.P. César Palomino Cortés.

Recordó que la regla establecida en la sentencia de unificación 52001-23-000-2012-00143-01, C.P. Cesar Palomino Cortés relacionada con el régimen de transición no se aplica a los docentes, porque según lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100/93, a dichos servidores no se rigen por lo prescrito en esa legislación.

Adicionalmente señaló que a la actora le es aplicable la sentencia de unificación contenida en la sentencia del 15 de marzo de 2018, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, rad. 05001-23-33-2014-00331-01(509-16), que establece la compatibilidad de la pensión de jubilación y el sueldo de docentes, y su disfrute no se encuentra condicionado al retiro del servicio.

Finalmente señaló que el trabajo desempeñado por la accionante bajo la modalidad de orden de prestación de servicios es computable y se debe tener en cuenta en la sumatoria del tiempo para el reconocimiento de la pensión reclamada, tal como lo dispuso el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, rad. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

3.- Contestación de la demanda

3.1 Ministerio de Educación - FOMAG²

Oportunamente el Ministerio de Educación – FOMAG, a través de mandataria judicial recorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a las pretensiones del extremo accionante

Señaló que esa entidad debe sujetarse a lo determinado por la ley para la expedición de los actos administrativos que tratan temas de reconocimiento pensional o prestacional.

² Ver archivo 019 MINEDUCACION-FOMAG CONETSTA DEMANDA.pdf

Precisó que los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y los nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 se regularían por las disposiciones vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en dicha ley.

Finamente propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y genérica.

3.1 Departamento del Tolima.³

A través de apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda porque a su juicio carecen de fundamentos de hecho y de derecho; frente a los hechos del *petitum* señaló que no le constan los mismos, y frente al acto administrativo demandado, aseveró que la demandante no cumple con los requisitos del régimen de pensión de la Ley 91 de 1989, por cuanto su régimen pensional es el consagrado en la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente propuso las excepciones que denominó de falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de culpa del Departamento, prescripción, y excepción innominada.

4. Auto que dispuso variar el trámite procesal y proferir sentencia anticipada.

Una vez trabada la relación jurídica procesal, el magistrado conductor del proceso profirió auto del 30 de marzo último, en el que consideró reunidos los presupuestos legales para proferir sentencia anticipada, apreciando que se encuentran reunidos los presupuestos legales requeridos en el artículo 13 del Decreto Legislativo No. 806 del 04 de junio de 2020, que adoptó medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar procesos y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia.

De acuerdo con lo anterior, saneó el procedimiento y fijó el litigio en los siguientes términos: establecer “*si la demandante, señora GRACIELA VARGAS ROJAS, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación conforme lo preceptuado en las leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989, o si, por el contrario, los actos administrativos acusados que negaron dicho reconocimiento pensional, se encuentran plenamente ajustados al ordenamiento jurídico*”.

Adicionalmente, dispuso la incorporación al proceso de la prueba documental presentada con la demanda y la contestación de la misma, y ordenó a los sujetos procesales presentar los alegatos de conclusión en los términos de los artículos 181 del C.P.A.C.A., y 13 num. 1º del D.L. 806 de 2020.

5.- Los alegatos de conclusión

5.1 Parte Demandada – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.⁴

Reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito de contestación de la demanda, indicando que las prestaciones sociales del magisterio se gobiernan por las disposiciones de la Ley 91 de 1989, y que a través de las leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 se definió el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados, precisando que en el caso de los docentes nacionales y los que se

³ Ver archivo 020 DEPARTAMENTO DEL TOLIMA CONTESTA DEMANDA.pdf

⁴ Ver archivo 029_ALEGATOS Y SUSTITUCION DE PODER MINISTERIO EDUCACION FOMAG 2021-00326-00.pdf

vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en la ley.

Advirtió empero que con la aparición de la ley 33 de 1985, las disposiciones del artículo 7 del D. 3135 de 1968, y aun las del literal b) del art. 17 de la Ley 6ª de 1945, fueron derogadas, siendo aplicable actualmente a s empleados oficiales de todos los órdenes lo previsto en el art. 1 y 25 de la ley 33 frente a la pensión ordinaria de jubilación.

Por lo anterior, considera que, por existir una vinculación a partir del 12 de julio de 2005, al demandante se le debe aplicar las disposiciones establecidas en la ley 812 de 2003 en materia pensional.

Agregó que, revisados los requisitos para obtener la pensión de jubilación, la demandante no cumple con el número de semanas requerido para realizar dicho reconocimiento el cual es de 1300 semanas de cotización, razón por la cual no es procedente reconocerle la pensión de jubilación.

Agregó que la parte demandante solicita el reconocimiento de la pensión de jubilación teniendo en cuenta el tiempo de servicios a través de órdenes de prestación de servicios, llamando la atención del despacho en el sentido que el reconocimiento de tiempo de servicios, o la existencia de un contrato realidad de un contratista frente a la administración, no otorga la calidad de empleado público, y en apoyo de dicha afirmación invocó la sentencia del 28 de julio de 2005 proferida por la sección Segunda del Consejo de Estado, Rad. 5212-03 C.P. Tarcisio Cáceres, y sentencia del 25 de enero de 2001, Rad. 1654-00, C.P. Nicolás Pájaro.

5.2 Parte Demandante.⁵

Ratificando los fundamentos de hecho y derecho expuesto con la demanda, señala el apoderado de la parte demandante que la pensión de jubilación debe ser reconocida según lo establecido en las Leyes 33 y 62 de 1985 y 91 de 1989, es decir 55 años de edad y 20 años de servicio, tomando como base de liquidación el 75% del promedio de lo devengado en el ultimo año de servicio anterior a la adquisición de su status pensional, incluyendo la totalidad de los respetivos factores salariales devengados, y recuperar la compatibilidad que debe tener entre sueldo y pensión. Lo anterior, dado que la vinculación por primera vez es la que determina el régimen pensional de los docentes, independiente que se encuentre hoy en el Decreto 1278, si la vinculación como docente fue con anterioridad al 27 de junio de 2003, en lo referente al régimen pensional les aplica la normatividad anterior que es, la Ley 91 de 1989 artículo 15.

En consecuencia, señala que su poderdante cumple con los requisitos para ser destinatario del régimen pensional contenido en la Ley 91 de 1989, ya que fue incorporado como docente desde el 9 de mayo de 1994, es decir, antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tal y como se acredita con las pruebas documentales aportadas al proceso.

Frente a los requisitos para acceder a dicha pensión, señala que deberán ser aplicados los establecidos en la Ley 33 de 1985, toda vez que el guardo silencio dicha normatividad, estando, en consecuencia, sometidas al régimen pensional

⁵ Ver archivo 030_ALEGATOS PARTE ACTORA 2021-00326-00.pdf

anterior, 20 años de continuos o discontinuos, 55 años de edad y 75% de salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

En cuanto a la compatibilidad entre salario y pensión, concluye, previo análisis jurisprudencial, que se debe realizar un análisis, cual es computable y debe tener en cuenta en la sumatoria del tiempo para el reconocimiento de la pensión.

5.3 Parte Demandada – Departamento del Tolima.⁶

Señala que la entidad territorial, pese a que existe una mínima injerencia al ser encargado de elaborar el proyecto de la decisión jurídica del docente, quien aprueba el proyecto es el Fomag, quedando plasmada en el acto administrativo su voluntad y no la del ente territorial, pues esta no tiene a su cargo el reconocimiento y pago de la totalidad de los factores salariales para liquidar el monto pensional, por cuanto estas corresponden realizarlas al Fomag.

Respecto al reconocimiento y liquidación de la mesada pensional, una vez analizados la jurisprudencia, señala que la liquidación pensional debe estar conformada por lo efectivamente cotizado al sistema pensional, en otras palabras, aduce que al momento de liquidar el monto pensional para cada caso concreto será sobre la base de los aportes realizado al sistema por el afiliado.

El ministerio público no presentó alegatos de cierre.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Sobre la competencia

Es competente esta Colegiatura para conocer y decidir en primera instancia la presente controversia, según voces del art. 152 num. 2o del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al señalar que son de competencia de los tribunales administrativos, conocer en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que no provengan de un contrato de trabajo, cuando se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad cuya cuantía exceda los 50 SMLMV.

2.- Problema jurídico.

¿Cuál es el régimen aplicable para el reconocimiento pensional para quien acredita tiempos privados ajenos a la docencia y públicos en dicha condición a partir del 12 de abril de 2005? Igualmente, la Sala deberá determinar si los periodos laborados por el demandante como docente en el sector público a través de órdenes de prestación de servicios pueden computarse como válidos para efectos pensionales, sin que su declaración haya sido previamente reconocida a través de sentencia judicial.

Para resolver lo anterior, la Sala tendrá en cuenta: i) el régimen jurídico aplicable a los docentes para el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, ii) los periodos laborados en la docencia oficial a través de OPS y su incidencia en el cómputo del tiempo de servicio, y iii) el análisis del caso concreto.

3. Marco Legal

⁶ Ver archivo 031_ALEGATOS DEPARTAMENTO DEL TOLIMA 2021-00326-00.pdf

3.1 Régimen jurídico aplicable a los docentes para el reconocimiento de su pensión de jubilación

Bajo el marco de la reforma al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, promovida a través de la Ley 100 de 1993, no se alteraron aquellas situaciones pensionales que bajo el imperio de normas anteriores fueron adquiridas y que, en consecuencia, ingresaron al patrimonio de sus beneficiarios.

Con esta norma, el legislador pretende la estandarización de los regímenes pensionales que antes de su promulgación, se encontraban difusos en el ordenamiento jurídico, estableciendo reglas comunes aplicables a todos los trabajadores del país, sin considerar la naturaleza de su relación laboral.

Sin embargo, de manera expresa en su artículo 279 describe algunos servidores públicos y trabajadores, cuyas situaciones pensionales no son reguladas por ella, entre otros, no se aplica, entre otros, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

De esta manera, se exceptúan de la aplicación de la Ley 100 de 1993, algunos sectores que tienen normas especiales, entre los cuales se encuentra el Magisterio cuyas prestaciones se gobiernan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

Así, la Ley 91 de 1989, «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio», establece:

«Artículo 1o.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

- 1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
- 2. Personal nacionalizado. Son los 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.*
- 3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*
Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.
(...)

Artículo 15.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

- 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de

*1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.
(...)».*

De acuerdo con lo anterior, a los docentes nacionales vinculados a partir del 1o de enero de 1990, se les reconoce una pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del sector público, que estuvo regulado por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se efectúa de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Por su parte, la Ley 60 de 1993, en cuanto al régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados, dispone:

«Artículo 6o. (...)

*El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales 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 cualquier 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.
(...)»*

De lo anterior resalta que los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales y distritales de educación en las condiciones señaladas en la Ley 60 de 1993 quedan sometidos en cuanto a la pensión de jubilación – ordinaria o derecho prevista en la Ley 91 de 1989, la cual es de origen “ordinario”, como ya se dijo. Y los docentes territoriales en cuanto a la citada pensión tenían que estar sometidos a la ley pensional “ordinaria” pertinente (salvo situaciones especiales que se deben demostrar) debido a que las autoridades locales no tenían facultad constitucional para regular esa materia; por eso algunas disposiciones dictadas en materia pensional para los empleados territoriales por autoridades locales resultan contrarias al régimen constitucional; claro está que las situaciones definidas y consolidadas en aplicación de un régimen local gozan de protección conforme al Art. 146-1 de la Ley 100 de 1993.

La Ley 115 de 1994, en la parte final del inciso 1o del artículo 115 claramente dispone: *“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”.*

Como ya se vio, en materia de pensión de jubilación – ordinaria o de derecho, ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen “especial”; ahora, la actual ley, tampoco lo hace. Y se aclara que el hecho que esta Ley disponga lo dicho sobre el régimen pensional en su artículo 115 que intitula *“Régimen Especial de los Educadores Estatales”*, dado el contenido de la norma, como ya se vio, realmente no consagra un régimen especial en materia de pensión de jubilación – derecho de los docentes. Así, esta ley no hizo otra cosa que ratificar el régimen de jubilación establecido en el momento, lo que indica que la Ley 33 de 1985, seguía siendo la norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de las docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6a de 1945 o el D.L. 3135 de 1968 (antecesoras de la Ley 33/85) lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron carácter de especiales».

Ahora bien, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, «Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006, hacia un Estado comunitario», establece:

«Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, (...).».

La Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del anterior artículo, mediante la sentencia C-369 del 27 de abril de 2004, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, expresó:

«Ahora bien, un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. Igualmente, esta Corporación ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio.

Por ello, esta Corte ha concluido que, en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales de un régimen especial de pensiones o de salud y el sistema general de seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por unos beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos”

*Y por ello esta Corporación ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su normatividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una *lex tertia*, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial, lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social.».*

De la misma manera el párrafo transitorio 1o del artículo 1o del Acto Legislativo 01 de 2005, consagra:

«Artículo 1o. (...)

*Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta.
(...).*».

Las disposiciones anteriores, prevén que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las normas vigentes con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, que no es otro que el dispuesto en la Ley 33 de 1985, «por la cual se dictan algunas

medidas en relación con las cajas de previsión y con las prestaciones sociales para el sector público», que en su artículo 1o señala:

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

(...)».

Entonces, se tiene que a los maestros nacionales, nacionalizados y territoriales regidos por la Ley 33 de 1985, se les debe liquidar su pensión con el 75% de los factores que hayan servido de base para calcular los aportes durante el último año de servicio, tratamiento pensional aplicable para estos, **siempre y cuando hayan servido durante su vida laboral como docentes oficiales por 20 años continuos o discontinuos y lleguen a la edad de 55 años de servicios.**

Así las cosas, se puede establecer que el régimen jurídico aplicable a los docentes oficiales para el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, fecha de expedición de la Ley 812 de 2002, es el dispuesto en la Ley 33 de 1985, siempre y cuando acrediten el cumplimiento de los requisitos vistos con anterioridad, esto es, 55 años de edad y 20 años de servicios

Ahora bien, para los eventos en que los docentes no hayan servido al Estado durante toda su vida laboral, sino que hayan prestado sus servicios en entidades públicas y privadas, cotizando para pensión al Instituto de Seguros Sociales (ISS, hoy COLPENSIONES, durante el periodo laborado en el sector privado, la Ley 71 de 1988 «por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones», estableció la pensión por aportes y en su artículo 7o indica:

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

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

Sobre el alcance de esta pensión, El Consejo de Estado, en sentencia del 9 de junio de 2011 (Exp. 117-2009), con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, concluyó, a partir de la redacción del citado artículo:

«(...) la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión».

La ley 71 de 1988, en un principio fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que en lo relativo a la pensión de jubilación por acumulación de aportes, tuvo vigencia hasta cuando se expidió el Decreto 2709 de 1994, «Por el cual se reglamenta el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988», que lo derogó, establece la prestación en los siguientes términos:

«Artículo 1o. **Pensión de jubilación por aportes.** La pensión a que se refiere el artículo 7o de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público».

De este modo, para acceder a la pensión de jubilación por acumulación de aportes, se requiere acreditar los siguientes presupuestos: *i)* 60 años de edad si es hombre o 55 si es mujer; y *ii)* haber realizado 20 años de cotizaciones o aportes al ISS y a una o varias de las entidades de previsión social del sector público, las cuales pueden ser en tiempos continuos o discontinuos y en cualquier tiempo.

Por su parte, el artículo 8o *ibídem* establece que el monto de la pensión de jubilación por aportes «(...) será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley».

Asimismo, debe tenerse de presente, que a la aplicación del régimen pensional dispuesto en la Ley 71 de 1988 es viable por beneficio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que indica:

«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 dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

*Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.
(...)».*

El régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se crea para proteger las expectativas legítimas que tienen los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigencia y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por «los servidores del

Estado (empleados y funcionarios públicos, así como trabajadores oficiales) de ambos sexos, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con 35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados. Es decir, basta con reunir cualquiera de los anteriores requisitos para tener el derecho adquirido al régimen de transición.

Por consiguiente, en la hipótesis del docente oficial que, sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, **siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993**; pues de lo contrario, deberá acudir íntegramente a ésta última norma.

3.2 De los docentes vinculados a través de contratos de prestación de servicios.

La Corte Constitucional se ha ocupado de abordar la situación de los docentes vinculados de forma temporal frente a los docentes de planta estableciendo que de cara a la prestación del servicio público estatal no hay diferencia alguna, por tanto no se justifica que tengan un tratamiento jurídico diferente⁷:

“(...)

5. Se podría pensar que el régimen jurídico es diferente en razón de la distinta forma de vinculación al servicio público educativo, contractual en un caso y mediante acto administrativo en el otro.

(...)

Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados - actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes-empleados públicos -, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos.

(...) La vocación misma que adquieren los docentes temporales a ser incorporados progresivamente a la planta de personal, les infunde un sentido de permanencia que difícilmente les puede ser negada, pues, de ella depende que la ley cumpla con su designio que no es otro que el de integrarlos en la mencionada planta de personal dentro del indicado lapso, todo lo cual, de paso, demuestra fehacientemente tanto la permanencia de los encargos asignados a aquéllos como la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores. Para el legislador no existe duda sobre el carácter permanente de los docentes-contratistas.

(...)

A la luz de las consideraciones anteriores, la Corte estima que el cargo de inconstitucionalidad sustentado en la violación del principio de igualdad está llamado a prosperar y así lo declarará”.

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia de **unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016**⁸ determinó que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al

⁷ Sentencia C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ Ver sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, de 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado 23001233300020130026001 (00882015).

igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado, máxime si se tiene en cuenta que algunas disposiciones regulatorias del sistema educativo en nuestro país, posibilitaron la vinculación de docentes a través de los llamados contratos u órdenes de prestación de servicios, tales como la Ley 29 de 1989, 60 y 115 de 1993, 344 de 1996, y 715 de 2001.

Acorde con esto, la Sección Segunda - Subsección "A" advirtió que el pronunciamiento que se efectúe en el proceso ordinario de reconocimiento de la pensión de jubilación, con inclusión de tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios, puede darse en dos escenarios con connotaciones diferentes⁹:

(i). La primera, cuando se pretende la declaración de existencia de contrato realidad con todas sus connotaciones laborales y prestacionales, en este caso, debe darse previamente el agotamiento de la vía administrativa y convocar como demandada a la entidad territorial con la cual se suscribieron los contratos a efectos de garantizar el derecho al debido proceso de la entidad responsable y así mismo el total cumplimiento de la sentencia.

*(ii). La segunda se presenta en los casos en que únicamente se persigue el cómputo de los periodos laborados a través de contratos de prestación de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación, escenario en el que es posible que el proceso ordinario se adelante únicamente con la comparecencia de la entidad de previsión. **Esto por cuanto el Decreto 1848 de 1969 «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135»¹⁰ permite la acumulación de tiempos de servicio con la posibilidad de exigir la cuota parte de las otras entidades oficiales, al indicar que la pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley y que en los casos de acumulación de tiempo de servicios la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.** (Texto resaltado por el Tribunal).*

⁹ Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Radicación número: 54001-23-33-000-2014-00106-01(0156-15).

¹⁰ «ARTÍCULO 75.- Efectividad de la pensión.

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.
2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.
3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 72 de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.

En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el artículo 3o. del citado decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión.»

*Bajo tal entendimiento y dado que en el presente caso la demandante reclama **el computo de los tiempos laborados por contratos de prestación de servicios únicamente para efectos pensionales**, la Sala estima que resulta procedente tal pretensión en forma conjunta o acumulada con la de reconocimiento pensional de la docente¹¹, porque su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad, y además, por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo se encuentra el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que legalmente les corresponda.*

Lo anterior no obsta para señalar que debe cumplirse con la carga probatoria que encierra el contrato de prestación de servicios docente, a efectos de establecer con claridad el periodo de inicio y terminación de cada contrato, su objeto, la entidad con la cual se celebró el contrato y la entidad a la cual se efectuaron los aportes pensionales, para efectos de determinar la posibilidad de perseguir la cuota parte pensional y la entidad de previsión o ente responsable de ella”.

Emerge de tal reseña que en materia de aportes pensionales, la aludida sentencia de unificación de la sección Segunda de esa Corporación, precisó que frente a los aportes para pensión no opera el fenómeno de prescripción, en atención a la condición periódica del derecho pensional que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.¹²

Consecuente con lo anterior, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y en tratándose de docentes oficiales, **se estima que resulta procedente contabilizar el tiempo durante el cual estos prestaron sus servicios al Estado bajo la modalidad de contratos u órdenes de prestación de servicios, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.**

4. Del caso concreto

4.1 Hechos probados en el proceso

Es importante precisar, que la discusión del presente asunto se contrae a establecer, de un lado, el régimen pensional aplicable a la actora, y de otra parte, la posibilidad de computar como tiempo de servicio docente no solamente los que fueron laborados a través de vinculación legal y reglamentaria durante los años 1994 y 2001; en el primero de ellos por término de 7 meses, según Decreto 393 del 09 de mayo de 1994, y posteriormente, mediante Decreto 1973 del 09 de mayo de 2001 por lapso de 3 meses, y por Decreto 501 del 28 de mayo del mismo año, por el mismo término, así como los periodos laborados a través de órdenes de prestación de servicios suscritos con el Municipio de Honda en los años 2001 y 2002.

¹¹ Al tenor del artículo 165 del CPACA se podrán acumular pretensiones cuanto el juez pueda conocer de todas, no se excluyan entre sí, no haya operado la caducidad y todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.

¹²«[...] En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, **por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)**³⁰, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite³¹), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial».

En este sentido, al proceso se aportó la siguiente prueba documental que acredita la vinculación laboral de la demandante, así:

- La accionante se vinculó al servicio docente en el municipio de Honda (T) a partir del 09 de mayo de 1994, por un periodo de 7 meses, por lo tanto, respecto de la docencia ejercida en el sector público goza del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 91 de 1989 en concordancia con la Ley 33 de 1985.
- De conformidad con las órdenes de prestación de servicios, actos administrativos de nombramiento y actas de posesión traídas al proceso, se revela que la demandante trabajó en instituciones educativas en el Municipio de Honda, vinculada inicialmente mediante relación legal y reglamentaria, y ulteriormente, de forma contractual como docente en los siguientes periodos académicos:¹³

No. Acto administrativo, OPS	Institución educativa	Periodo prestación de servicio educativo	Tiempo de servicio docente
Decreto 093 de 09 de mayo de 1994. ¹⁴	Escuela Alto del Rosario Niñas	Por el término de 30 días, a partir del 28 de abril de 1994, periodo que fue prorrogado	7 meses
Decreto 01973 de 09 de mayo de 2001	Colegio Antonio Herrán Zaldúa		3 meses
Decreto 501 de 28 de agosto de 2001	Colegio Antonio Herrán Zaldúa		3 meses
OPS No. 096 de febrero 4 de 2002	Instituto Nacional General Santander	Del 4 al 28 de febrero de 2002.	2 meses
OPS No. 139 de marzo 1º de 2002	Instituto Nacional General Santander		2 meses
OPS No. 315 de mayo 2 de 2002	Instituto Nacional General Santander	Del 2 de mayo al 21 de junio de 2002	1 mes y 19 días
OPS No. 461 de julio 8 de 2002	Instituto Nacional General Santander	A partir del 8 de julio de 2002.	2 meses
OPS 598 de septiembre 9 de 2002	Instituto Nacional General Santander	Del 09 de septiembre al 6 de diciembre de 2002	87 días
OPS 096 de 4 de febrero de 2002	Instituto Nacional General Santander	Del 4 al 28 de febrero de 2002	24 días
OPS 139 de 1º de marzo de 2002.	Instituto Nacional General Santander	Del 1º de marzo al 30 de abril de 2002	2 meses
OPS 461 de 08 de julio de 2002	Instituto Nacional General Santander	Del 8 de julio de 2002 al 08 de septiembre de 2002	2 meses
OPS 598 de 9 de septiembre de 2002 .	Instituto Nacional General Santander	Del 9 de septiembre al 6 de diciembre de 2002	57 días

- **Vinculación de la actora con autorización del Departamento del Tolima para prestar sus servicios como docente.**

Mediante Decreto 1973 de 09 de mayo de 2001, el Departamento del Tolima autorizó la prestación del servicio educativo en forma temporal y por el término de tres meses a varios docentes, entre ellos a la aquí demandante, en el colegio Antonio Herrán Zaldúa (Ver art. 6º parágrafo).¹⁵

¹³ Ver fl. 24 Anexo 004 Demanda. pdf

¹⁴ Ver fl. 25 Anexo 004 Demanda. pdf

¹⁵ Ver fls. 26-27 Archivo 004 Demanda.pdf

- Obra igualmente certificación expedida por la Oficina de Macroproceso de Gestión de Talento Humano de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima en la que se indica que la señora GRACIELA VARGAS ROJAS, con C.C. 26.598.224 expedida en Timana (Huila), ingresó a dicha entidad el 12/07/2005 hasta la fecha, nombrada por Decreto 0316 del 05 de julio de 2005, desempeña el cargo de docente de aula grado 2C, nivel básica primaria en la Institución Educativa Antonio Herrán Zaldúa, ubicada en la zona urbana del municipio de Honda (Tol), con tipo de nombramiento en propiedad y asignación básica mensual de \$3.372.232.¹⁶
- Se allegó también Formato para la expedición de certificado de salarios expedido por el FOMAG en el que consta que en los años 2019 y 2020 la accionante percibió asignación básica, bonificación mensual docentes, bonificación pedagógica, prima de navidad, prima de servicios, y prima de vacaciones docentes.

Igualmente, que percibió horas extras durante los años 2015, 2018, 2019 y 2020.¹⁷

Total, tiempo de servicio laborados según vinculación legal y reglamentaria: 13 meses

Total, tiempo de servicio laborados mediante OPS: 17 meses y 6 días

Total tiempo de servicios posterior al nombramiento por el Departamento del Tolima: 17 años y 27 días

Igualmente, el apoderado de la parte actora hace relación en la demanda al tiempo cotizado por su representada ante Colpensiones, cuya entidad de previsión certifica que la señora GRACIELA VARGAS ROJAS fue afiliada a esa entidad el 27 de abril de 1995, habiendo cotizado un total de **639,43 semanas** a 31 de agosto de 2005, destacándose que tales servicios fueron prestados por la hoy demandante a entidades privadas, a RIVAGLI CASALLAS NOEL, DIOESIS DEL LIBANO-HONDA y CAJA DE COMPENSACIÓN.¹⁸

En el reporte de semanas cotizadas en favor de la señora GRACIELA VARGAS ROJAS, expedida por Colpensiones, no se aprecia que se hubiera efectuado el pago de ninguna cotización en favor de la accionante en los años anteriores a 2005 por parte del municipio de Honda Tolima.

4.2 Análisis sustancial

La actora solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No 1858 del 14 de mayo de 2021, que negó el reconocimiento de su pensión de jubilación, refiriendo que el actor presenta como fecha de vinculación el 12 de julio de 2005, con régimen de pensión vigencia Ley 812 de 2003.

El extremo accionante afirma que ingresó al servicio público de educación desde el 09 de mayo de 1994, es decir, antes del 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, que incorporó a los docentes a la Ley 100 de 1993, excluyendo únicamente la edad, por lo que considera que su pensión debe ser reconocida según lo establecido en las leyes 33 y 62 de 1985 y Ley 91 de 1989, es decir, con 55 años de edad y 20 años de servicio, tomando como base de liquidación el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, anterior a la adquisición de su status pensional, incluyendo la totalidad de los

¹⁶ Ver Archivo 02 Documentos Anexos.pdf

¹⁷ Ver archivo 002 Documentos anexos.pdf

¹⁸ Ver archivo 004 Demanda Graciela Varas Rojas (2). pdf

respectivos factores salariales devengados, y respetando la compatibilidad que debe tener entre sueldo y pensión.

Como se anotó en párrafos precedentes, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, los tiempos de servicios laborados mediante órdenes de prestación de servicios son válidos para efectos pensionales, para cuyo efecto no se requiere la declaratoria judicial previa de la relación laboral, siempre y cuando lo pretendido se circunscriba exclusivamente al tema pensional. En esta perspectiva, y de acuerdo con la prueba documental aportada se establece que la accionante se incorporó a la docencia oficial el día 09 de mayo de 1994, según Decreto 093 de 09 de mayo de 1994, por el término de 7 meses en la Escuela Alto del Rosario del municipio de Honda, luego mediante Decreto 01973 del 09 de mayo de 2001 fue designado como docente del Colegio Antonio Herrán Zaldúa del mismo municipio por el término de 3 meses, y finalmente como docente de la misma institución educativa según Decreto 501 del 28 de agosto de 2001, por el mismo lapso, para **un total de 13 meses de servicio.**

A partir de 1º de marzo de 2002 y hasta el 06 de diciembre del mismo año, la actora fungió como docente contratista del Instituto Nacional General Santander del municipio de Honda, de acuerdo con las OPS 096 del 04 de febrero de 2002, 139 del 1º de marzo del mismo año, 315 del 2 de mayo de 2002 y 461 del 08 de julio del mismo año, para un total de **17 meses y 6 días,**

Finalmente, fue vinculada por el Departamento del Tolima como docente a partir del 12/07/2005 hasta la fecha, nombrada por Decreto 0316 del 05 de julio de 2005, desempeña el cargo de docente de aula grado 2C, nivel básica primaria en la Institución Educativa Antonio Herrán Zaldúa, ubicada en la zona urbana del municipio de Honda (Tol), con tipo de nombramiento en propiedad¹⁹, desempeño que no ha tenido solución de continuidad, **para un total de 17 años de servicio.**

Sumados los tres periodos de servicio, **arroja un total de 19 años y 06 meses y 06 días.**

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, referidas en el marco normativo y jurisprudencial, según las cuales dada la naturaleza de la profesión docente en esta subyace una relación laboral, aunque quiera ocultarse, como en el presente caso mediante la suscripción de órdenes de prestación de servicios. Por ello, en virtud del *principio de la primacía de la realidad sobre las formas* que las partes establezcan, los docentes contratistas en materia pensional deben recibir el mismo trato que los docentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria. Y en materia pensional no puede pasarse por alto que los aportes a pensiones son imprescriptibles en razón de la naturaleza fundamental del derecho a la Seguridad Social.

En consecuencia, en el *sub judice* resulta procedente tener como válidos para efectos pensionales los tiempos laborados por la actora mediante órdenes de prestación de servicios; aclarándose que, en todo caso, la entidad pública a cuyo cargo se encuentra el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a cobrar a las entidades y empresas oficiales obligadas la cantidad proporcional que legalmente les corresponda, como se explicará más adelante al abordar la procedencia de las cuotas partes pensionales.

4.2.1. El derecho pensional de la docente actora está regido por la Ley 33 de 1985

A juicio del apoderado de la accionada, las prestaciones sociales del magisterio se gobiernan por las disposiciones de la Ley 91 de 1989, y a través de las leyes

¹⁹ Ver Archivo 02 Documentos Anexos.pdf

60 de 1993 y 115 de 1994 se definió el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados, precisando que en el caso de los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, los decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en la ley.

Por lo anterior, considera que, por existir una vinculación a partir del 09 de mayo de 1994, a la demandante no se le deben aplicar las disposiciones establecidas en la ley 812 de 2003 en materia pensional.

Ahora bien, el párrafo 2 del numeral 1 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, dispuso para los docentes nacionales y los que se vincularen a partir del 1 de enero de 1990, que las prestaciones económicas y sociales se sujetarían a las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, dentro de las cuales estaban los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y la Ley 33 de 1985, la que exige 20 años de servicios públicos y la edad de 55 años.

A su turno, el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 regula la pensión por acumulación de aportes resaltando que *“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer”*.

Sobre el alcance de esta pensión, el Consejo de Estado en sentencia del 9 de junio de 2011²⁰ concluye, a partir de la redacción del citado artículo:

“la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión”, (Énfasis de la Sala).

En la hipótesis del docente oficial que, sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudir íntegramente a ésta última norma.

Por tanto, es necesario hacer una diferenciación respecto de la Leyes 33 de 1985 y la 71 de 1988, así:

Ley 33 de 1985	Ley 71 de 1988
Hace referencia a aquellos empleados oficiales cuyos aportes sean provenientes de vinculación con entidades públicas únicamente.	Brinda la posibilidad de acumular periodos de cotización realizados a Cajas de Previsión Social y al Instituto de Seguros Sociales.
	Las cotizaciones realizadas al ISS tienen origen en vinculaciones laborales de carácter privado. Permite la acumulación de periodos de aportes realizados al sector público como al privado.

Sin embargo, con ocasión de los servicios docentes prestados por la actora a través de provisiones temporales, y de los servicios contratados por el municipio de Honda

²⁰ Número interno 117-2009.

a través de las OPS suscritas en los años 2001 y 2002, se establece con claridad que la vinculación laboral fue oficial, vale decir que las cotizaciones que debieron realizarse en los periodos ya citados tienen origen en vinculaciones laborales de carácter público, pues todas ellas se hicieron con el municipio de Honda y para prestar los servicios docentes en instituciones de educación oficial, en tanto que las que se efectuaron al ISS, hoy Colpensiones por parte de RIVAGLI CASALLAS NOEL, DIOSESIS DEL LIBANO-HONDA y CAJA DE COMPENSACIÓN, corresponden a relaciones laborales de carácter privado, que no son susceptibles de contabilizarse para el reconocimiento pensional que se solicita, precisamente porque la Ley 33 de 1985 exige para el reconocimiento pensional que el servicio haya sido prestado durante 20 años continuos o discontinuos en el sector oficial, y, en segundo término, porque tampoco es posible tenerlas en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión por aportes, regulada en la Ley 71 de 1986, teniendo en cuenta que la actora no se encuentra cobijada por el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, dado que al momento en que la misma entró en vigencia, la accionante no contaba con 35 años de edad.

Siendo ello así, la Sala considera que verificados los requisitos legales se colige que la demandante NO cumple o no con los requisitos dispuestos en la Ley 33 de 1985, para lo cual realizará el siguiente estudio:

a) La edad.

En el *sub examine* se encuentra demostrado con el registro civil de nacimiento que la señora GRACIELA VARGAS ROJAS nació el 01 de octubre de 1964, satisficiendo el requisito de la edad para efectos pensionales, vale decir, que cumplió 55 años de edad el día 1º de octubre de 2019, acreditando de esta forma uno de los requisitos para efectos pensionales, concretamente el de la edad.

b) Tiempo de servicio.

La actora prestó sus servicios como docente oficial por espacio de **total de 19 años y 06 meses y 06 días**, pues contabilizado los tiempos laborados por prestación de servicios tanto al municipio de Honda, arrojan un total de **2 y ½ años y 06 días**, a los cuales debe adicionarse un total de **17 años** de servicios prestados al magisterio oficial, toda vez que la accionante ingresó a dicha entidad el 12 de julio de 2005, cuando fue nombrada por el Departamento del Tolima mediante Decreto 0316 del 05 de julio de 2005²¹, significándose con ello que no ha cumplido aún los 20 años de servicio para adquirir la pensión de jubilación que se reclama, pues debe agregarse que la accionante no reclama la pensión de jubilación por aportes, sino que insta su reconocimiento conforme a lo establecido en las leyes 33 y 62 de 1985 y Ley 91 de 1989, es decir, con 55 años de edad y 20 años de servicio, tomando como base de liquidación el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, anterior a la adquisición de su status pensional, incluyendo la totalidad de los respectivos factores salariales devengados, y respetando la compatibilidad que debe tener entre sueldo y la pensión.

Debe precisarse igualmente, que si bien es cierto la demandante continúa desempeñándose como docente oficial, también lo es, que los tiempos posteriores a la presentación de la solicitud de pensión, esto es, **1º de octubre de 2020**, según lo refiere la parte considerativa de la Resolución 1858 de 14 de mayo de 2021 objeto de anulación en este proceso, no pueden ser tenidos en cuenta para el reconocimiento prestacional por falta de decisión previa de la entidad accionada.

También se tiene, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que, como ya se analizó, únicamente acreditaba 29 años de edad y un tiempo de servicios de escasos dos meses en el

²¹ Ver Archivo 02 Documentos Anexos.pdf

sector oficial; razón por la cual su reconocimiento pensional es improcedente a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994.

En ese orden, la Sala encuentra que la demandante tampoco reúne los requisitos para que le sea reconocida la prestación pensional, en tanto para el momento en que agotó vía gubernativa, no contaba con 55 años de edad ni acumulaba el número de semanas cotizadas, requisitos exigidos en la Ley 33 de 1985.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que la accionante no tiene derecho a la pensión pretendida, dejando claro que el periodo causado con posterioridad a la petición (1 de octubre de 2020) efectuada al ente previsional podrá alegarse para completar los 20 años de servicio como docente oficial y así obtener la prestación conforme a la Ley 33 de 1985.

5. De la condena en costas

Es importante destacar que la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, “(...) *solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)*”. Siendo así, teniendo en cuenta que en el trámite del proceso no se observa su causación, esta Sala no condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala de decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la señora GRACIELA VARGAS ROJAS, contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

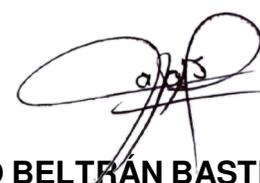
TERCERO: En firme esta providencia, archívese el expediente previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión realizada en la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ANGEL IGNACIO ALVAREZ SILVA
(Aclara voto)


BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO

Se suscribe esta providencia con firmas electrónica y escaneada, ante las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional con el fin de evitar la propagación de la pandemia del COVID-19 –coronavirus-en Colombia. No obstante, se deja expresa constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada por cada uno de los magistrados que integran la Sala de Decisión a través de la plataforma tecnológica Teams y correos electrónicos institucionales.

Firmado Por:

Jose Aleth Ruiz Castro

Magistrado

Oral 006

Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **03c66765fa721a186c67bb9fd02c3d1c9bffc713f62c557537182f278d556b**

Documento generado en 08/08/2022 12:54:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Magistrado ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

Ibagué, cuatro (04 de agosto de dos mil veintidós (2022).

RADICACIÓN No. 73001-23-33-000-2021-00326-00

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto debido a la decisión mayoritaria considero que, en acatamiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado citada en la providencia que origina este pronunciamiento, los tiempos laborados como docente bajo la modalidad de OPS tienen efectos pensionales para quienes prestaron sus servicios docentes de esa forma sin que medie un pronunciamiento judicial que así lo determine, pero también considero que tales vínculos de origen contractual no desvirtuados judicialmente no son determinantes del régimen pensional aplicable a estos docentes, especialmente cuando en la liquidación de su pensión existen dudas respecto de la aplicación de la Ley 33 de 1985 o de la Ley 100 de 1993, como ocurre en este caso.

Lo anterior, en primer lugar porque la Ley 91 de 1989 señaló que la vinculación al servicio docente se hace mediante nombramiento de una entidad nacional o territorial, conforme lo indican los numerales 1, 2 y 3 del artículo 1° de dicha ley, condición que no puede considerarse cumplida mediante la suscripción de unas Ordenes de Prestación de servicio con una entidad territorial, menos aún, cuando tales actos no han sido desvirtuados mediante un proceso judicial en el que se les otorgue carácter y consecuencias de índole laboral.

En segundo lugar porque, en mi opinión, la jurisprudencia del Consejo de Estado que se cita en sustento de la determinación tomada en esta sentencia, no permite derivar como conclusión que los tiempos prestados mediante vinculación contractual determinen el régimen pensional de un docente pues, en relación con tiempos prestados mediante vínculos contractuales sobre los cuales no se hizo uso del medio de control pertinente para lograr su desnaturalización, lo único que procede es la inclusión de esos periodos contractuales como tiempos de servicio para fines

pensionales, previa vinculación de la Caja de previsión o entidad similar a la cual se entregaron los correspondientes aportes para seguridad social.

Por esas razones, estimo que el régimen legal de la pensión de un docente depende de su vinculación a través de un nombramiento y de su correspondiente posesión en el cargo o, en casos extremos, de la desnaturalización de unos actos contractuales para la prestación de servicios como docente, mediante un pronunciamiento judicial ejecutoriado en el que se le ha otorgado esa naturaleza vinculante a la relación laboral reconocida mediante esa sentencia, por lo que, en ausencia de esa circunstancia en el presente caso, la única conclusión válida es que su pensión se rige por el momento en el que se vinculó al servicio mediante un nombramiento y una posesión, es decir, en el año 2005 cuando ya se encontraba surtiendo efectos la Ley 812 de 2003.

En resumen, si bien coincido con la decisión de negar las pretensiones en el proceso que origina esta sentencia, disiento de sus razones porque encuentro que la pensión de vejez que se persigue se rige por la Ley 100 de 1993, como lo determina la fecha de vinculación de la demandante al FOMAG que, se reitera, ocurrió en vigencia de la Ley 812 de 2003 por lo que, en efecto, la demandante no cumple las condiciones para el reconocimiento de pensión de vejez, pero específicamente las exigidas en la Ley 100 de 1993 y en sus modificaciones, no las señaladas en la Ley 33 de 1985, como lo indica la sentencia cuya decisión comparto pero con la aclaración que expreso mediante este escrito.

En los anteriores términos, dejo rendida mi aclaración de voto.

El Magistrado,

ÁNGEL IGNACIO ALVAREZ SILVA