



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, trece (13) de agosto del año dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación: 157593333002-2018-00112-00.
Demandante: LUIS JAIME GUTIERREZ RODRÍGUEZ
Demandado: Nación-Min. Educación-FOMAG – Dpto. Boyacá y
Municipio de Paipa

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor LUIS JAIME GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución 001552 del 12 de febrero de 2018, a través de la cual la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá.

Pide que se ordene reconocer y pagar a favor del demandante la pensión vitalicia de jubilación bajo el marco de la ley 33 de 1985 en cuantía del 75% de salario básico y demás factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la configuración del derecho; que se paguen mesadas atrasadas indexadas con base en IPC, incluidas las primas; que la sentencia se cumpla de conformidad con el artículo 189, 192, 194 y 195 del CPACA (*fls. 13 arch.02*).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda refieren que (*fls. 14-16 arch.02*), el señor LUIS JAIME GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ nació el 7 de febrero de 1962 y cumplió 55 años de edad el 7 de febrero de 2017, fue contratado por el Departamento de Boyacá, mediante las órdenes de prestación de servicios entre el 03 de abril de 1995 y el 12 de diciembre de 2003 y luego nombrado en provisionalidad a través del Decreto 166 del 25 de febrero de 2004 a partir del 04 de marzo de 2004, el cual mantiene hasta la fecha de presentación de la demanda.

Señala la demanda que el demandante adquirió el status de pensionado el 21 de septiembre de 2017, fecha para la cual completó 20 años de servicio, y ya había cumplido los 55 años de edad, por lo que el 21 de diciembre de 2017 solicitó a la Secretaría de Educación de Boyacá el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en su favor, petición que fue resuelta negativamente mediante la resolución No. 001552 del 12 de febrero de 2018.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se transgredieron las siguientes disposiciones (*fls.8-18 arch.01*).

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 243

De orden Legal: Ley 812 de 2003 Art. 81-7, Acto legislativo 01 de 2005, ley 100 de 1993 Art. 279-7; Ley 91 de 1989 Art. 15-7; Ley 33 de 1985, Art. 1º - 7º; Decreto 2277 de 1979 Art. 1º, 2º, 36-7.

Manifiesta que la pensión de jubilación por aportes regulada por el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 y el artículo 8º del Decreto 2709 de 1994 y demás normas que conforman el régimen excepcional de prestaciones sociales de los maestros oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la luz del artículo 48 de nuestra Constitución, que otorga el Estado a los docentes que hayan superado 20 años de servicio y 55 años de edad, para el caso que nos ocupa, siempre y cuando se demuestre el ejercicio de la profesión docente, sin discriminar las diversas modalidades de trabajo, afirmación que se deduce de la definición contenida en el artículo 2º del Decreto 2277 de 1979.

Afirma que la norma que ampara al demandante, es la Ley 33 de 1985, por lo que en su condición de docente, el señor LUIS JAIME GUTIERREZ RODRIGUEZ queda excluido de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y no queda inmerso en régimen de transición, tal como señala el artículo 279, que consagró el grupo de servidores exceptuados de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social.

Señala que la entidad demandada a través del acto administrativo demandado, infringió de forma errada, que no procedía el reconocimiento de la prestación debido a que el demandante se encontraba afiliado al F.N.P.S. en vigencia de la ley 812 de 2003, sin tener en cuenta que él inició su labor como docente oficial a partir del 03 de abril de 1995 en el Departamento de Boyacá, es decir antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, de esta manera queda excluido del Régimen General de Pensiones.

Sostiene que cuando se evidencie la prestación del servicio docente, así sea externo OPS, se debe contabilizar ese tiempo para efectos pensionales, es por ello que a manera de analogía se deberán tener en cuenta las ordenes y contratos de prestación de servicios del docente LUIS GUTIERREZ , del periodo comprendido entre el 03/04/1995 a 12/12/2003 para el computo del tiempo de servicios.

Cita las sentencias del Consejo de Estado: del 10 de septiembre de 2009 radicación N° 11001-03-06-000-2007-00084-00 (1857) C.P. Enrique Arboleda Perdomo, del 24 de agosto de 2000 exp. No. 1053-00, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, del 08 de agosto de 2003 exp. No. 0396-03 C.P. Jesús María Lemos, del 22 de enero de 2015 Rad. No. 25000-23-42-000-2012-02017-01, C.P. Alfonso Vargas Rincón.

Finalmente aduce que la mesada pensional reconocida bajo la norma prevista, debe incluir, no solamente aquellos factores que sirvieron de base para realizar los aportes a la seguridad social, sino todos aquellos que constituyan salario, esto es, los que perciba el trabajador de manera habitual y periódica y como contraprestación directa por sus servicios, habida cuenta de que el listado de factores salariales mencionados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 no es taxativo sino meramente enunciativo.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación-**Ministerio de Educación**-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (fls1-8; Arch. 03), manifiesta que dada la descentralización prevista en la Ley 60 de 1993 el Ministerio perdió la competencia para ser nominador de los docentes, cuestión que fue trasladada a los Departamentos y a los Municipios en virtud de lo establecido en la Ley 715 de 2001, entonces le corresponde a los Gobernadores y Alcaldes la administración del respectivo personal.

En cuanto a FOMAG advierte que fue creado a través de la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación que funciona en coordinación con la Fiduciaria La Previsora S.A. la cual maneja los recursos del fondo y el Decreto 2831 de 2005, traslada la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales a los docentes, a los entes territoriales. Agrega que celebró contrato de Fiducia mercantil, a la que corresponde la defensa de los bienes fideicomisitos, en este caso a cargo de Fiduprevisora.

Sostiene que al demandante le es aplicable el régimen establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que son normas que rigen las prestaciones sociales para los empleados públicos del orden nacional.

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que al accionante no le asiste el derecho reclamado.

Finalmente propuso las excepción previa de "*Vinculación de litisconsorte*" y demérito de "*falta de legitimidad por pasiva y prescripción*", la primera ya resuelta en auto del

El **Departamento de Boyacá** mediante apoderado, contesta la demanda (*archivo 3, folio 30-34*) se opone a todas y cada una de las pretensiones esgrimidas en la demanda, y esboza como defensa que la entidad no es parte dentro del proceso, como si lo es, la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual el cumplimiento de las pretensiones de la demandante debe ser ordenado a quien tiene las facultades legales para hacerlo, como quedo plasmado en los actos administrativos materia de la presente litis, que le reconoció la prestación al demandante, por ende es a ella a quien le compete la responsabilidad.

Señala que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho, en la medida que el tipo de vinculación no es otro que el que aparece en dicho acto administrativo como lo estableció la Fiduprevisora en su "*HOJA DE LIQUIDACIÓN*" al momento del estudio y otorgar el visto bueno para el reconocimiento de la prestación, el cual fue proferido a nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no de la Secretaria de Educación de Boyacá, quien solo dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 56 de la ley 962 de 2005.

De igual manera sostiene que con la expedición del acto administrativo demandado no se infringió ninguna de las normas legales, ni constitucionales referidas por la parte actora, toda vez que el mismo nació a la vida jurídica como consecuencia de la aplicación del ordenamiento legal, razón por la cual no puede tenerse como cierta la apreciación de la demandante cuando manifiesta que se le ha quebrantado el derecho de igualdad bajo la premisa que no se conciben trato diferente ante servidores de la misma naturaleza y sometidos al mismo régimen.

Precisa que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, numeral primero inciso segundo, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones sociales y económicas se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decreto 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 otro lado, en materia de régimen salarial y prestacional de los docentes oficiales, se ha establecido un régimen especial dadas las particularidades y condiciones de la labor que ellos ejercen, el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993, Ley 715 de 2001 y Decreto 1850 de 2002, régimen que contempla iguales o mejores condiciones laborales que las reconocidas de manera general a los servidores públicos.

Concluye que el acto administrativo demandado, se presume legal, y el mismo se dictó en observancia de los fundamentos legales vigentes, solicita se les desvincule del presente proceso.

Finalmente propuso la excepción denominada: *“Ilegitimidad de la parte por pasiva”*.

La entidad demandada **Municipio de Paipa**, vinculado por auto del 2 de abril de 2019 (*Archivo 4, fl.6-9*), del cual fue notificada el 5 de julio de 2019 (*Archivo 5, fl.3*) contestó la demanda el 26 de septiembre de 2019 (*archivo 5*) es decir por fuera de la oportunidad procesal prevista en la ley y así fue declarado en auto del 15 de octubre de 2019 (*archivo 6, fl.3*).

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se radicó el 09 de abril de 2018 correspondiéndole al Juzgado Segundo Administrativo de Tunja, que la remitió a éste circuito judicial, siendo asignada por reparto a éste Despacho Judicial (*fls.01-07-arch.02*), una vez verificado el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 162 del CPACA, mediante auto de 13 de agosto de 2018 se admitió la demanda (*fl.31-32 Arch.02*).

Por auto del 15 de octubre de 2019 (*fl.03 Arch.06*) se fija como fecha el 26 de febrero de 2020 para realizar audiencia inicial, (*fl.5-14 Arch.06*) así mismo en el desarrollo de las etapas señaladas en el artículo 180 del C.P.A.C.A. se resolvieron las excepciones previas de i) vinculación de litis consorte y ii) falta de legitimidad por pasiva.

El 20 de enero de 2021 se realiza la audiencia de pruebas (*Arch.22*) en la que se incorporaron las documentales, se dispuso cerrar la etapa probatoria, prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El mandatario judicial de la **parte demandante** radicó sus alegaciones (*archivo .27*), indicando que ratifica los hechos y pretensiones expuestos en la demanda.

Considera importante tener en cuenta que los tiempos de servicios laborados por el señor Luis Jaime Gutiérrez Rodríguez como docente contratista en el municipio de Paipa durante el año 2001, además de estar debidamente acreditados dentro del expediente con las certificaciones laborales que allí reposan, fueron ratificados mediante sentencia de fecha 25 de abril de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el expediente No. 156933133001200203018-01, por el

cual confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Santa Rosa de Viterbo que determinó que entre el Municipio de Paipa y el señor Gutiérrez Rodríguez existió una relación laboral, y que de igual forma ordenó el reconocimiento de las prestaciones correspondientes, incluido el pago de aportes pensionales.

Advierte que no obstante el fallo en mención solo hace referencia al año 2001, todos los periodos laborados por el accionante bajo este tipo de vinculaciones (Contratos y OPS) gozan de plena validez para el conteo del tiempo requerido para obtener su pensión, es decir que el tiempo laborado entre los años 1995 hasta 2003 también debe contabilizarse. Para tal efecto solicita se tenga en cuenta la Sentencia de Unificación de fecha 22 de enero de 2015 proferida por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, C.P. ALFONSO VARGAS RINCON, radicado No 25000-23-42-000-2012-02017-01(0775-14).

Precisa que si bien es cierto el señor LUIS JAIME GUTIERREZ RODRÍGUEZ cuenta con aportes pensionales con destino a Colpensiones, estos no deben contabilizarse para efectos del reconocimiento de la Pensión de Jubilación que se pretende, toda vez que la norma que se solicita sea aplicado al caso en concreto, esto es la ley 33 de 1985 contempla únicamente la inclusión de periodos laborados en el sector público. A esto se le suma el hecho de que los periodos que acredita el demandante como funcionario del sector público, resultan más que suficientes para acreditar el requisito de tiempo exigido por la norma, haciendo innecesario la inclusión de las semanas que se reportan ante Colpensiones, las cuales provienen de cotizaciones del sector privado.

Afirma que el régimen prestacional que resulta aplicable al demandante es aquel contenido en la Ley 33 de 1985, esto teniendo en cuenta que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es 26 de junio de 2003, el docente ya se encontraba vinculado al servicio público educativo oficial, hecho que quedó debidamente acreditado con los certificados de historia laboral anexos tanto a la vía gubernativa como a la demanda, de los que se evidencia, el inicio de su historia laboral como docente oficial del departamento de Boyacá desde el 3 de abril de 1995, luego al servicio del Municipio de Paipa (Boyacá) desde el 5 de febrero de 2001 y finalmente vinculado en provisionalidad a la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá a partir del 4 de marzo de 2004, desempeñándose en el cargo docente hasta la actualidad, periodos que deben sumarse para el cómputo de la pensión que se pretende.

Solicita al Despacho se sirva acceder a las pretensiones de la demanda, aplicando las normas propias del régimen de excepción de los docentes del Magisterio.

La apoderada del **Departamento de Boyacá** presenta alegaciones finales (*arch.29*), concretadas en que su representada expidió el acto administrativo demandado con fundamento en lo establecido en el Decreto 2831 de 2005, que establece que la entidad es un simple tramitador de las decisiones que la Fiduprevisora en representación del Ministerio de Educación toma a través de la correspondiente hoja de revisión, la decisión fue la de negar la prestación.

Solicita que su representada sea excluida como parte demandada dentro del presente proceso, como quiera que cumple funciones, por disposición de la ley y el reglamento, las que en principio son del Ministerio de educación Nacional, pero que se depositan en aquellas como una estrategia de regionalización, de manera que la defensa de la legalidad de los reconocimientos y demás decisiones relacionadas con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio, es una atributo del órgano central competente y no de la entidad local, pues se delega en la entidad territorial la facultad de elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, pero no la responsabilidad del reconocimiento como tal. En el presente asunto la decisión de negar la prestación solicitada obedeció a la revisión efectuada por el FOMAG en la correspondiente hoja de revisión, tal y como se extracta de la parte considerativa del acto demandado. De contera solicita se nieguen las pretensiones de la demanda

La **Agente del Ministerio Público** delegada ante este despacho rindió concepto haciendo un recuento sobre la normatividad que regula la pensión de jubilación de los docentes oficiales, luego del cual, deduce que los docentes al servicio del Estado se pensionan con el régimen que les corresponda, según la fecha en que se hayan vinculado, antes o a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. Es decir, que el régimen pensional se determina de acuerdo con la fecha de ingreso al servicio oficial; agrega que la Ley 812 de 2003 es aplicable siempre y cuando los docentes se vinculen con posterioridad a la fecha de su vigencia (27 de junio de 2003), en tanto quienes ingresaron antes de esa fecha le son aplicables las normas que con antelación rigen la materia (Ley 33 de 1985 y disposiciones concordantes).

De otro lado advierte que de conformidad con la jurisprudencia el Consejo de Estado en sentencia de unificación² señaló que los tiempos servidos como OPS en la actividad docente se deben tener en cuenta a efectos pensionales, y aún por horas catedra, ha de contabilizarse ese tiempo.

Añade que el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 19 de diciembre de 2014, dentro del radicado No. 15001-33-33-012-2013-00048-01, ha sostenido que aun cuando exista prescripción de los derechos prestacionales de las OPS, dicho tiempo ha de tenerse en cuenta para el cómputo de la pensión.

Señala que teniendo en cuenta los aspectos, fácticos, probatorios y jurídicos analizados, inicialmente se advierte que el demandante LUIS JAIME GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, le resulta aplicable el régimen pensional consagrado en la Ley 33 y 62 de 1985, toda vez que se vinculó laboralmente al servicio de la educación pública antes de la entrada en vigencia la Ley 812 de 2003, pues se vinculó en abril de 1995. En relación con el tiempo en que el docente demandante estuvo vinculado por orden de prestación de servicios, éste debe ser tenido en cuenta, a efectos de contabilizarse para acceder a la pensión de jubilación del docente.

Precisa que en atención a las disposiciones y los requisitos establecidos en las Leyes 33 y 62 de 1985, el demandante cumplió 55 años de edad en el año 2017, sin embargo de acuerdo con la prueba que fue recaudada, en principio se puede establecer que no cumple con el requisito de los 20 años de servicio de la educación pública (aunque se desconoce si después de septiembre de 2017, continuó vinculado con la docencia oficial), pues como se puede observar en el análisis del caso, se encuentra acreditado aproximadamente 19 años, 9 meses y 27 días de servicio; no obstante en virtud del principio Constitucional de dignidad humana, sobre el cual se funda nuestro Estado Social de Derecho y en procura de la protección y el reconocimiento del derecho a la seguridad social, y el mínimo vital del demandante, es que resulta correcto reconocer la pensión de jubilación al demandante, aún sin cumplimiento estricto del requisito de los 20 años de servicios, ya que de acuerdo a lo analizado previamente, aproximadamente le hicieron falta por cotizar dos meses, para cumplir con el requisito exigido.

² Sentencia de unificación de 22 de enero de 2015 Exp. Interno 07715-2014 emitida por el Consejo de Estado, MP. Alfonso Vargas Rincón

Solicita se declare la nulidad de la Resolución No. 001552 del 12 de febrero de 2018, expedida por el FOMAG, la cual negó el reconocimiento de la pensión de jubilación, y como consecuencia de lo anterior, se acceda a las pretensiones de la demanda y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que reconozca y pague la pensión de jubilación al accionante, en razón a que los tiempos que laboró como docente al servicio del Departamento de Boyacá, con vinculación a través de órdenes de prestación de servicios, que deben ser tenidos en cuenta para efectos pensionales, por tanto, se debe reconocer la pensión de jubilación liquidada con los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional y sobre los cuales se hubieren efectuado aportes o cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

Finalmente, para superar la diferencia de los 2 meses aproximados faltantes para completar los 20 años y con fundamento en la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, de fecha 30 de enero de 2020 -MP Clara Elisa Cifuentes Ortiz, se solicita que se descuente el tiempo que falta (2 meses aprox) sobre la base del valor de la mesada pensional que le sea reconocida.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el demandante LUIS JAIME GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ tiene derecho a que se reconozca el derecho a obtener la pensión vitalicia de jubilación señalado en el inciso 2° del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, en aplicación del régimen de transición señalado en la Ley 100 de 1993 y el parágrafo transitorio del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005 o por el contrario bajo la égida de las Leyes 33 y 62 de 1985, caso en el cual se debe examinar la legalidad de los actos administrativos que niegan el derecho reclamado.

Para ello se analizará si el tiempo en que el demandante estuvo vinculado con el Departamento de Boyacá mediante contrato de prestación de servicios, define el régimen pensional aplicable.

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Régimen pensional docente

El literal B) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 estableció una pensión de jubilación en favor de todos los empleados del Estado vinculados por la Nación, como por las entidades territoriales que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, modificada por Artículo 4 de la Ley 4 de 1966.

El artículo 1° de la Ley 33 de 1985 equiparó en 55 años la edad de hombres y mujeres para efectos de jubilación y se unificó la pensión vitalicia en una suma equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para liquidar los aportes durante el último año de servicio, adicionalmente en su parágrafo 2, estableció un régimen de transición, norma que no es aplicable al presente caso.

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, que en materia de pensiones el numeral primero del artículo 15, respecto de los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones sociales y económicas, dispuso que 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.

La ley en cita, como tampoco las leyes Ley 60 de 1993 y 115 de 1994 no consagraron un régimen especial en materia de pensión de jubilación para los docentes, por tanto, resulta aplicable para ellos la Ley 33 de 1985.

La Ley 100 de 1993 estableció un nuevo sistema de seguridad social integral, que entre otros aspectos, regula el sistema general de pensiones, no obstante en su artículo 279 inciso 2, excluye expresamente a los afiliados al FOMAG.

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, dispuso que el régimen prestacional de los docentes oficiales nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados a la fecha en que entró en vigencia la ley, sería el establecido en las disposiciones vigentes, para el caso corresponde a las Leyes 33 y 62 de 1985 y para los docentes vinculados con posterioridad a su vigencia, sería el régimen pensional de prima media de la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2002.

Ahora bien, pese a que después de la vigencia de la Ley 812 de 2003 se imponga para los docentes el régimen de prima media, es menester aclarar que en virtud de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 se encuentran excluidos de esa norma los maestros afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 9 de 1989 a quienes se les aplica la normativa anterior, se reitera, las Leyes 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978.

En este punto es pertinente recordar los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985 para adquirir el derecho a la pensión, en cuyo artículo 1° establece:

“Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. Modifica el Artículo 25 Decreto Nacional 2400 de 1968 Decreto Nacional 1950 de 1973 Artículo 86 Decreto Nacional 1848 de 1969. (...)”

De lo antes expuesto se concluye que se encuentran excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, aquellos docentes afiliados al FOMAG antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, pues en ese caso será procedente resolver las controversias surgidas en torno a su derecho pensional tomando como base la normativa anterior.

Tiempo servido por OPS personal docente para efectos pensionales

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia de Unificación proferida el 22 de enero de 2015³, con relación al cómputo del tiempo docente, que la actividad docente, aunque no tenga vínculos directos con el estado, debe tenerse en cuenta para efectos pensionales, y que en su oportunidad consideró:

³ Consejo de Estado, sentencia de unificación de 22 de enero de 2015, expediente No. 25000-23-42-000-2012-02017-01(0775-14), MP: Alfonso Vargas Rincón.

Con relación al cómputo del tiempo de servicio docente por hora cátedra, la Corte Constitucional en sentencia C-517 de 1999, 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 2000⁴ 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 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En ese orden este Despacho Judicial en estricto acatamiento del precedente jurisprudencial de unificación del Consejo de Estado, acoge la postura señalada, la cual a su vez fue adoptada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 23 de abril de 2020⁵ al resolver un asunto similar al aquí debatido, en la que determinó seguir los criterios de unificación y concluyó que el tiempo de servicios docentes prestados mediante contrato de prestación de servicios, debe ser atendido para efectos pensionales.

10. CASO CONCRETO

Para resolver el problema jurídico planteado que concierne a establecer si el señor Luis Jaime Gutiérrez Rodríguez tiene derecho a obtener la pensión de jubilación en aplicación al régimen vigente desde el primer momento en que prestó sus servicios como docente, vinculado inicialmente en el año a través de contratos de prestación de servicios durante de forma interrumpida desde abril de 1995 hasta el año 2003.

De la interpretación sistemática del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y del parágrafo transitorio del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 devienen dos reglas hermenéuticas, la primera atañe a aquellos docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, a quienes les son aplicables las previsiones legales expedidas con anterioridad, es decir que se gobiernan por la Ley 33 y 62 de 1985 y el Decreto 1045 de 1978; la segunda regla interpretativa se refiere a quienes se vincularon con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, para ellos son aplicables las estipulaciones definidas en el régimen de prima media establecidas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

• De la edad

Conforme a la copia registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía vistos a folios 23 y 24; Arch.01, el señor Luis Jaime Gutiérrez Rodríguez nació el 07 de febrero de 1962, en consecuencia, cumplió 55 años de edad el 07 de febrero de 2017, con lo cual cumple el primer requisito para acceder a la pensión de jubilación.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 24 de agosto de 2000, expediente No. 1053- 00, M.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 23 de abril de 2020, Radicado No 15001 3333 002 2017 00275-01; También se puede consultar: sentencia del 31 de marzo de 2016, Radicado No. No. 15001-2333-000-2015-00322-00 M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

- **Del tiempo de servicios**

De acuerdo a las pruebas allegadas se encuentra que está documentada la vinculación del señor Luis Jaime Gutiérrez Rodríguez, a través de órdenes de prestación de servicios, de forma interrumpida en el periodo comprendido entre el 3 de abril de 1995 al 12 de diciembre de 2003, según copia del *formato único para la expedición de certificado de historia laboral*, diligenciado pro cada acto jurídico, el cual fue aportado con la demanda y nuevamente con la contestación de demanda del Departamento de Boyacá, las cuales se detallan en la siguiente tabla elaborada por el Despacho:

Tabla 1

ÓRDEN DE PRESTACION	PLAZO DE EJECUCIÓN	TIEMPO		
		DIAS	MESES	AÑOS
OPS 0018 (fls.26-27 arch.01 y fls.35-36 arch.03)	03 de abril de 1995 al 31 de diciembre de 1995.	29	08	
OPS 077 (fls.28-29 arch.01 y fls.37-38 arch.03)	28 de febrero de 1996 al 27 de mayo de 1996		03	
OPS 47 (fls.30-31 arch.01 y fls.39-40 arch.03)	03 de junio de 1996 al 03 de septiembre de 1996		03	
OPS 168 (fls.32-33 arch.01 y fls.41-42 arch.03)	06 de septiembre de 1996 al 05 de diciembre de 1996		03	
OPS 102 (fls.34-35 arch.01 y fls.43-44 arch.03)	29 de enero de 1997 al 30 de junio de 1997	02	05	
OPS 234 (fls.36-37 arch.01 y fls.45-46 arch.03)	01 de julio de 1997 al 30 de noviembre de 1997		05	
OPS 82 (fls.38-39 arch.01 y fls.47-48 arch.03)	30 de enero de 1998 al 15 de junio de 1998	17	04	
OPS 82 (fls.40-41 arch.01 y fls.49-50 arch.03)	14 de julio de 1998 al 30 de noviembre de 1998	17	04	
OPS 82 (fls.42-43 arch.01 y fls.51-52 arch.03)	29 de enero de 1999 al 11 de junio de 1999	14	04	
OPS 131 (fls.44-45 arch.01 y fls.53-54 arch.03)	12 de julio de 1999 al 26 de noviembre de 1999	15	04	
OPS 043 (fls.46-47 arch.01 y fls.55-56 arch.03)	31 de enero de 2000 al 09 de junio de 2000	10	04	
OPS 088 (fls.48-49 arch.01 y fls.57-58 arch.03)	10 de julio de 2000 al 01 de diciembre de 2000	22	04	
OPS 0993 (fls.50-51 arch.01 y fls.59-60 arch.03)	11 de marzo de 2002 al 30 de noviembre de 2002	20	08	
OPS 1509 (fls.52-53 arch.01 y fls.61-62 arch.03)	27 de febrero de 2003 al 12 de diciembre de 2003	16	09	
Total: 6 años, 1 mes y 12 días - Son 2202 días		162 (días)	68 (meses)	

Al respecto, obra además copia de las ordenes de prestación de servicios antes relacionadas, acompañada del acta de presentación o de prestación del servicio educativo firmada por el Alcalde Municipal de Tópaga, Rectora o Rector del colegio o del Director de Núcleo, (folios 87 -142, Archivo 03) que dan cuenta de la suscripción de las mismas y los aspectos relevantes como plazo, valor y objeto, con lo cual se

corroborar la prestación del servicio educativo por el demandante, durante tales periodos, a excepción de las OPS No. 018 de 1995, 077 de 1996 y 1509 de 2003, que no obra copia, sin perjuicio que se tienen acreditados, con el formulario referido en precedencia.

En el intermedio del periodo referido, concretamente en el año **2001**, conforme a las sentencias de fecha 09 de septiembre de 2010, proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Santa Rosa de Viterbo y de fecha 25 de abril de 2012, proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, a las cuales se les dio valor probatorio en este proceso, mediante auto de fecha 02 de julio de 2021, se encuentra en firme la declaratoria judicial de existencia de una relación laboral entre el señor Luis Jaime Gutiérrez Rodríguez y el Municipio de Paipa, desempeñando funciones de carácter permanente propias del magisterio, la cual fue soportada en las ordenes de prestación de servicios que se relacionan en seguida: (fls. 24 y 37-38; Arch.05):

Tabla 02

ÓRDEN DE PRESTACION	PLAZO DE EJECUCIÓN
OPS 038	05 de febrero de 2001 al 02 de marzo de 2001.
OPS 078	05 de marzo de 2001 al 30 de marzo de 2001
OPS 121	02 de abril de 2001 al 04 de mayo de 2001
OPS 254	07 de mayo de 2001 al 01 de junio de 2001
OPS 319	04 de junio de 2001 al 29 de junio de 2001
OPS 480	25 de julio de 2001 al 31 de agosto de 2001
OPS 629	05 de septiembre de 2001 al 28 del mismo mes y año
OPS 827	22 de octubre de 2001 al 21 de diciembre de 2001
Suman 257 días de servicio – son 8 meses + 17 días	

Ahora bien, se establece además, al tenor del *formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido por el FOMAG*, consta que el señor Luis Jaime Gutiérrez Rodríguez fue nombrado mediante decreto como docente en **provisionalidad** para los siguientes periodos:

Tabla 03

No. De Acto	PERIODO	TIEMPO		
		DIAS	MESES	AÑOS
0166 - PROVISIONALIDAD (fls.55-56 arch.01 y fls.63-64 arch.03).	04 de marzo de 2004 al 30 de septiembre de 2005.	27	06	01
0166 - EN PROVISIONALIDAD (fls.55-56 arch.01 y fls.63-64 arch.03).	01 de octubre de 2005 al 31 de diciembre de 2005		03	
0166 - EN PROVISIONALIDAD (fls.55-56 arch.01 y fls.63-64 arch.03).	01 de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2006			01
0166 - EN PROVISIONALIDAD (fls.55-56 arch.01 y fls.63-64 arch.03).	01 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2007			01
714 - EN PROVISIONALIDAD (fls.56 arch.01 y fl.64 arch.03).	01 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008			01
1238 - EN PROVISIONALIDAD (fls.56 arch.01 y fl.64 arch.03).	01 de enero de 2009 al 31 de octubre de 2009		10	
1238 - EN PROVISIONALIDAD (fls.56 arch.01 y fl.64 arch.03).	01 de noviembre de 2009 al 31 de diciembre de 2009		02	
2940 - EN PROVISIONALIDAD (fls.56 arch.01 y fl.64 arch.03).	01 de enero de 2010 al 30 de noviembre de 2010		11	
2940 - EN PROVISIONALIDAD (fls.56 arch.01 y fl.64 arch.03).	01 de diciembre de 2010 al 31 de diciembre de 2010		01	
1055-1027 - PROVISIONALIDAD (fls.56 arch.01 y fl.64 arch.03).	01 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2011			01
826-827 - EN PROVISIONALIDAD (fls.56 arch.01 y fl.64 arch.03).	01 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2012			01

1001-1002 - PROVISIONALIDAD (fls.56 arch.01 y fl.64 arch.03).	01 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2013			01
171-172 - EN PROVISIONALIDAD (fls.56 arch.01 y fl.64 arch.03).	01 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014			01
1092-1116 EN PROVISIONALIDAD (fls.56 arch.01 y fl.64 arch.03).	01 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015			01
1092-1116 - PROVISIONALIDAD (fls.57 arch.01 y fl.65 arch.03).	01 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016			01
980-982- PROVISIONALIDAD (fls.57 arch.01 y fls.65 arch.03).	01 de enero de 2017	02	09	
TOTAL: 13 años, 6 meses, 29 días – Son 4889 días		29 (días)	42 (meses)	10 (años)

Así las cosas para el cálculo del tiempo de servicio docente prestado, inicialmente vinculado a través de contrato estatal (OPS) del señor Luis Jaime Gutiérrez Rodríguez, en atención a la documental relacionada en las tablas elaboradas por el Despacho, se colige que el demandante estuvo vinculado de forma interrumpida en todos los eventos, en primer lugar a través de contratos de prestación de servicios suscritos con el Departamento en el periodo comprendido entre el 03 de abril de 1995 hasta el 12 de diciembre de 2003, con un tiempo acumulado de **2202** días de servicio (Tabla 1), a lo que se suma que durante el año 2001, estuvo vinculado al municipio de Paipa durante **257** días (tabla 2) y a partir del 04 de marzo de 2004 fue vinculado mediante diversos nombramientos en *provisionalidad* en cargo docente, efectuados a través de decreto, situación que se mantuvo, al menos hasta el 2 de septiembre de 2017, como fecha de corte que señala el “*formato único para la expedición de certificado de historia laboral*” expedido el 2 de octubre de 2017 (fls.63-65 Archivo 03) para acumular **4889** días (tabla 3) adicionales, para un total de **7348** días de servicio, los cuales superan los 7200 días que equivalen a 20 años (Conforme al orden jurídico y a la jurisprudencia calificada, en las relaciones de derecho laboral, un año de labores equivale a 360 días)

- **Régimen pensional aplicable al demandante**

Conforme al “*formato único para la expedición de certificado de historia laboral*” expedido por el FOMAG, (fls.26-27 arch.01 y fls.35-36 arch.03), se observa que el señor LUIS JAIME GUTIERREZ RODRIGUEZ se vinculó el 03 de abril de 1995, como docente en el Colegio (hoy Institución Educativa) Carlos Julio Umaña Torres del Municipio de Tópaga mediante Orden de Prestación de Servicios, por lo que esta fecha determina el punto de partida para definir qué régimen pensional que le es aplicable.

De acuerdo al marco legal y jurisprudencial citado, se colige que el demandante se vinculó con antelación a la fecha de vigencia de la Ley 812 expedida el 27 de junio de 2003 y que conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales de unificación proferidas en el expediente No. 0775-2014, los servicios prestados como docente bajo los contratos de prestación de servicios suscritos con el Departamento de Boyacá, deben tenerse en cuenta a efectos pensionales.

Entonces como quiera que el régimen pensional del demandante se encuentra determinado por la Ley 33 de 1985, en cuyo Art. 1° establece expresamente los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, que son: 55 años de edad y 20 años de servicio continuos o discontinuos, fuerza concluir que el señor LUIS JAIME GUTIERREZ RODRIGUEZ reúne los requisitos de tiempo y edad, para acceder a la pensión de jubilación, por cuanto desarrolló actividades propias al servicio de la educación pública durante más de 20 años y además cumplió 55 años de edad el 07 de febrero de 2017.

Por lo expuesto, se declarará la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución 001552 del 12 de febrero de 2018, dado contraviene el ordenamiento jurídico en el que se debía fundamentar y en consecuencia a título de restablecimiento del derecho se ordenará al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, reconocer pensión de jubilación a favor del señor LUIS JAIME GUTIERREZ RODRIGUEZ.

11. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Parámetros)

11.1. Status de pensionado

El Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia del 4 de abril de 2020⁶ señaló que los derechos de seguridad social, como la pensión son irrenunciables, en esa medida, decantó que la fecha indicada en la demanda en ese caso (8 de febrero de 2017), es decir una después, no tenía la virtualidad de descartar la efectividad y causación de la pensión en la fecha que legalmente corresponde (7 de febrero de 2016)

Conforme al pronunciamiento la Corte Constitucional⁷, citado en sentencia referida en precedencia, explica además el principio de favorabilidad y “*in dubio pro operario*” para sostener que los principios protectores mínimos del derecho al trabajo, se garantiza, al prevalecer la norma más favorable en una situación que ofrece duda en la interpretación y aplicación de varias normas vigentes, a partir de la cual sustenta la tesis de aplicación de la ley 33 de 1985, de preferencia a la ley 71 de 1988, que regula la pensión por cuotas, pero que exige como requisito para acceder al derecho, la edad de 60 años, ora que la primera norma exige 55 años de edad, en un caso en el que el demandante demostró aportes a distintas cajas de previsión, incluso del sector privado.

En la demanda se indica que el docente cumplió el estatus pensional el **21 de septiembre de 2017**, bajo el argumento que en esa fecha completa 20 años de servicio, lo cual es contradictorio con la tabla de tiempos de servicio que se elabora en el introductorio, dado que refleja para esa fecha, 20 años mas 04 meses, en donde agrega que el demandante se encuentra en servicio activo a la fecha de presentación de la demanda el 9 de abril de 2018 conforme al acta de reparto (*Archivo 2, fl. 01*)

Entonces, para determinar la fecha del estatus pensional del demandante se tiene que el “*formato único para la expedición de certificado de historia laboral*” expedido el 2 de octubre de 2017 (*fls.63-65 Archivo 03*), certifica tiempos de servicio con corte al **2 de septiembre de 2017**, cuando acumula 7348 días, por lo que con los primeros 7200 días, los que equivalen a 20 años de servicio, el demandante adquiere el estatus de pensionado, de suerte que a la referida fecha de corte, se retrotraen mediante resta, los 148 días que exceden al requisito de tiempo (equivalentes a 4 meses + 28 días), para determinar en grado de certeza, que el demandante adquiere estatus pensional el **4 de abril de 2017**.

⁶ Tribunal Administrativo de Boyaca, Sentencia del 4 de abril de 2020, Rad. 5001-33-33-002-2017-00275-01, con ponencia de la M. Clara Elisa Cifuentes, cita Sentencia de la Corte Constitucional T-088 de 2018, MP José Fernando Reyes Cuartas

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-088 de 2018, MP José Fernando Reyes Cuartas

11.2. Factores para liquidar la pensión docente.

Respecto de los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, el artículo 3° de la **Ley 33 de 1985** dispuso que estarían constituidos por la: *“asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio”*. Así mismo, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las *primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación*.

En sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado⁸, al decidir sobre la reliquidación de la mesada pensional docente nacionalizada, por tanto, exceptuada del sistema general de pensiones, definió el alcance del criterio interpretativo que sustentó la subregla fijada en la sentencia del 28 de agosto de 2018 sobre los factores que debían incluirse en la liquidación de la mesada bajo la ley 33 de 1985 y sentó jurisprudencia en la siguiente postura:

“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”

(...)

*La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un **(1) año** y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985.*

Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “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 hiciera 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”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional. (...)

Conforme a lo expuesto, en el *sub examine* se tiene que los factores devengados por el demandante en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus pensional, esto entre el 5 de abril de 2016 y el 4 de abril de 2017, fueron: *asignación básica, bonificación mensual docente y prima de alimentación, prima de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad*, conforme al certificado de salarios visto a folios 58-60 Arch.01.

Así entonces, la pensión deberá liquidarse atendiendo el 75% del promedio de lo devengado por concepto de **asignación básica y bonificación docente mensual**, únicos factores previsto en la ley.

⁸ Consejo de Estado, sección segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019 Exp. 0935-2017 C.P. Cesar Palomino Cortes

11.3. Aportes por razón del periodo de prestación de servicios mediante contrato de prestación de servicios

Advierte el Despacho que del tiempo que el señor LUIS JAIME GUTIERREZ RODRIGUEZ, prestó sus servicios como docente en razón a su vinculación a través de Ordenes de Prestación de Servicios suscritas con el Departamento de Boyacá durante los interregnos de tiempo señalados en la **tabla No. 1** vertida en esta providencia, cuyos extremos temporales son entre el 03 de marzo de 1995 y el 01 de diciembre de 2000 y entre el 11 de marzo de 2002 y el 12 de diciembre de 2003, no se pudo constatar si realizaron los aportes a pensión, por parte de la entidad contratante, como tampoco a cargo del entonces contratista, aquí demandante, los cuales no se someten a prescripción extintiva por disposición legal

Lo anterior, lo refirió acertadamente la Agente Delegada del Ministerio Publico en su concepto, dado que es la posición del Tribunal Administrativo de Boyacá al indicar que la prescripción se predica de derechos de libre disposición y los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, constituyen recursos de orden parafiscal, por lo que no tienen término prescriptivo alguno.

Se impone entonces ordenar que los aportes patronales a pensión, en la proporción al tiempo en que prestó sus servicios al Departamento de Boyacá, sean trasladados de forma indexada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG como ordena el Art. 2 de la Ley 33 de 1985 y el Decreto 2709 de 1994 en su Art. 11, por lo cual deberá presentar la liquidación correspondiente a la entidad territorial empleadora y realice la gestión necesaria para la compensación de los mismos ante el Ministerio de Hacienda

Además, por el mismo periodo, se ordenará que de la condena se deduzca, debidamente indexado y en el porcentaje que correspondía al entonces contratista, los aportes como trabajador, dejados de cancelar.

11.4. Aportes por razón del período al servicio del Municipio de Paipa mediante contrato de prestación de servicios

Teniendo en cuenta que mediante sentencia de fecha 09 de septiembre de 2010 proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá de fecha 25 de abril de 2012, se declaró la existencia de una relación laboral como docente, entre el señor LUIS JAIME GUTIERREZ RODRIGUEZ y el MUNICIPIO DE PAIPA, durante el tiempo que prestó sus servicios en el año **2001**, en la que se ordenó:

“(…) que efectúe la cotización pensión adeudada a la entidad de previsión correspondiente (I.S.S. – art. 50, ley 100 de 1993), en forma proporcional por el tiempo de servicios prestados (…)”

En estas condiciones, este Despacho no le compete verificar el cumplimiento de los fallos referidos en los que se condena al Municipio de Paipa, tarea que le corresponde por disposición legal a FOMAG, en aras de la defensa de los recursos parafiscales, por lo que se exhortará a iniciar las acciones administrativas y judiciales a que haya lugar y en su caso repetir en contra la entidad territorial, en aras de recaudar los aportes patronales pensión debidamente indexados por el tiempo en que el señor Luis Jaime Gutiérrez Rodríguez, prestó sus servicios, durante los interregnos de tiempo señalados en la **Tabla 2** de esta providencia del año 2001, por lo que no se impondrá ninguna condena en su contra.

12. INDEXACION

Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse como ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula de actualización:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma que resulte a favor del demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Por tratarse de obligaciones que se pagan mensualmente, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación del derecho en cada periodo

13. DE LAS EXCEPCIONES

El Despacho resolverá la excepción mérito de **prescripción** propuesta por el FOMAG y el Departamento de Boyacá, se observa que el demandante adquiere el status pensional el 4 de abril de 2017 y la solicitud de reconocimiento pensional se realiza el 21 de diciembre de 2017, además la demanda fue presentada el 09 de abril de 2018, por lo que se colige que en este caso no operó prescripción de mesadas pensionales, toda vez que entre la fecha de adquisición del derecho y la presentación de la petición no trascurrió un lapso superior al de tres (3) años, y tampoco entre la solicitud y la presentación de la demanda.

Ahora bien, en la contestación de la demanda el Ministerio de Educación-FOMAG y el Departamento de Boyacá (*fl.5- y31-33; Arch.03*) proponen como excepción, la **falta de legitimidad por pasiva**, la cual se resolverá de manera conjunta, desde el punto de vista material, es decir que se verifica su participación en la realización del supuesto fáctico de esta litis.

El **Departamento de Boyacá** funda esta excepción en que el Acto Administrativo materia de la presente litis, se dictó a nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que la Secretaria de Educación de Boyacá, es un simple mediador o tramitador que se encarga de decretar en un acto administrativo-resolución, la decisión de la Fiduciaria "La Previsora" S.A., como lo establece el parágrafo 4 del artículo 3 del Decreto 2831 de 2005.

La **Nación, Ministerio de Educación-FOMAG**, argumenta que no expidió los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales, ya que fueron expedidos por la Secretaría de Educación respectiva, en uso de las facultades que le confirió el artículo 56 de la ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, toda vez que el único ente con capacidad para su expedición es la entidad territorial o el municipio certificado de acuerdo con lo consagrado en la Ley 715 de 2001, que al radicar la competencia en las entidades territoriales o los municipios certificados, otorgó la capacidad única y exclusivamente a éstas.

Frente a lo anterior se debe indicar que el legislador mediante la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad entre otras,

es el pago de las prestaciones sociales a sus afiliados, esto es, de los docentes. Así se observa en el artículo 5 ibídem:

“ARTÍCULO 5o. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

- 1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*
- 2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.*
- 3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.*
- 4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*

En relación con este mismo punto, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el FOMAG, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debía ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

De conformidad con las normas citadas, los actos por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados al FOMAG, interviene en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente, elaborando el proyecto de acto de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente⁹

No obstante lo anterior, cabe advertir que FOMAG, a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, tiene delegada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente o sus beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

Descendiendo al caso concreto, se observa que mediante Resolución No. 001552 de 12 de febrero de 2018 la Secretaría de Educación de Boyacá, actuando en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, negó la solicitud pensional del demandante.

Entonces, contrario a lo afirmado por las entidades demandadas, se estima que el extremo pasivo de la presente controversia fue integrado en debida forma, dado que es al FOMAG, a través de la Secretaría de Educación de Boyacá, a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición del demandante tendiente a obtener el reconocimiento y pago de la pensión, como en efecto lo hizo mediante los actos demandados, sin perjuicio de la condena que le compete al Departamento de Boyacá en calidad de empleador de la época en que se genera la obligación de pagar los aportes a pensión, por lo que en suma, no se encuentra fundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por las entidades demandadas.

⁹ En este mismo sentido pueden verse las sentencias de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008 y 14 de febrero de 2013. Rad. 1048-2012. M.P. Gerardo Arenas Monsalve

14. CONDENAS EN COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandada, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo PSAA-16-10554 de 5 de agosto de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones concedidas.

15. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley”*

FALLA:

Primero.- Declarar la **nulidad** de la Resolución 1552 de 12 de febrero de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG.

Segundo.- Declarar no fundadas las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción*, propuestas por las accionadas.

Tercero.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **condena** al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar la pensión vitalicia de jubilación a favor de LUIS JAIME GUTIERREZ RODRIGUEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 74.322.033, a partir del **4 de abril de 2017**, en el equivalente al 75% de los factores devengados en año anterior a la adquisición del estatus pensional por concepto de: *asignación básica y bonificación mensual docente*.

Cuarto.- El Ministerio de Educación Nacional, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá repetir en contra del Departamento de Boyacá, por los periodos comprendidos entre el 03 de marzo de 1995 y el 01 de diciembre de 2000 y entre el 11 de marzo de 2002 y el 12 de diciembre de 2003, en los interregnos señalados en la Tabla 1 de esta providencia, por los aportes patronales dejados de pagar, debidamente indexados. De la condena, deberá deducir los aportes que legalmente correspondían a Luis Jaime Gutiérrez Rodríguez, por este mismo período en calidad de trabajador contratista.

Quinto.- Exhortar al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que inicie las acciones administrativas y judiciales en contra del Municipio de Paipa conforme a las sentencias citadas en esta providencia y que se ocuparon de dirimir la controversia pensional por el periodo comprendido entre el 05 de febrero de 2001 y el 21 de diciembre del año 2001

Sexto.- Condenar en costas a la parte demandada, las cuales se liquidarán por Secretaría del Juzgado, aplicando el procedimiento del artículo 366 del CGP

Séptimo.- Fijar como agencias en derecho la suma correspondiente al 4% del valor de las pretensiones concedidas.

Octavo.- Las unas que resulten en favor del accionante deberán ajustarse en los términos del artículo 187 inciso final del CPACA y deberá cumplirse dentro de los términos señalados en los Art. 192 y 195 *ídem*.

Noveno.- En firme esta providencia, archívese el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si hay lugar.

DVP

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Nelson Javier Lemus Cardozo
Juez Circuito
002
Juzgado Administrativo
Boyaca - Sogamoso

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:

1f6403688d5031998e335fbcdf8a749c0cd9654dfbf077ff0af5023d2368c92a

Documento generado en 13/08/2021 04:07:05 p. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>