



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA  
DESPACHO 001**

**MAGISTRADA PONENTE:  
MARIA VICTORIA QUIÑONES TRIANA**

<b>No. de Acta:</b>	<b>32</b>
<b>Fecha:</b>	19 de septiembre de 2018
<b>Hora:</b>	08:30 am.
<b>Tipo de audiencia:</b>	Continuación de audiencia inicial
<b>Demandante:</b>	Dilia Mercedes Vizcaíno
<b>Demandado:</b>	Nación - Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
<b>Medio de control:</b>	Nulidad y Restablecimiento de Derecho
<b>Radicado:</b>	47-001-2333-000- <u>2017-00454</u> -00

Para dar inicio a la presente diligencia la Magistrada Ponente recordó que la presente diligencia estaba siendo grabada en audio y video, de acuerdo con la autorización de datos otorgada por las partes en audiencia inicial.

**1. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES ASISTENTES (00:02:00 min.)**

Se deja constancia de la comparecencia a la presente diligencia los que a continuación se presentan:

**2.1.- Apoderada Judicial parte demandante:** STEFANI ESTRADA CASTRO **2.2.- Apoderada parte demandada:** JOHANNA MONSALVO TORRES / **2.3.- Ministerio Público:** MANUEL MARIANO RUMBO MARTÍNEZ - Procurador Judicial 43 Delegado ante el Tribunal Administrativo del Magdalena.

**2. RECONOCIMIENTO DE PERSONERIA (00:03:00 mm)**

Se le reconoce personería a la Doctora JOHANNA MONSALVO TORRES, para actuar en el presente proceso en calidad de apoderada del FOMAG

**3. RESUMEN AUDIENCIA ANTERIOR (00:03:20 min.)**

El 28 de agosto de 2018 se celebró audiencia inicial dentro del presente asunto, en dicha diligencia se resolvió la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva, se fijó el litigio del presente asunto, se agotó la etapa de conciliación, se incorporaron las pruebas documentales aportadas por las partes y se fijó fecha para la presente diligencia en la cual se escucharán los alegatos de las partes y se dictará sentencia.

**4. PROBLEMA JURÍDICO (00:04:10 min.)**

Se reitera que, el **problema jurídico** del presente asunto se circunscribe a determinar si la señora DILIA MERCEDES VIZCAINO tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación con inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios.



Asunto: Continuación de Audiencia Inicial  
Medio de control: NyR  
Radicación: 2017-454  
Demandante: Dilia Vizcaíno  
Demandado: FOMAG

Así mismo, deberá determinarse si los periodos en que estuvo vinculada como docente mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios, deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

SE SUSPENDIÓ LA DILIGENCIA A EFECTOS DE ESPERAR AL DR. ADONAY FERRARI PADILLA.

#### **5. ALEGATOS Y JUZGAMIENTO (00:06:00 min.)**

Se registró la presencia del Dr. Adonay Ferrari Padilla, Magistrado miembro de Sala.

De conformidad con el artículo 182 del CPACA, se le concede el uso de palabra a las partes para que expresen sus alegatos.

- Se le concede el uso de la palabra a la PARTE DEMANDANTE (min. 00:06:10)
- Se le concede el uso de la palabra a el FOMAG (min. 00:11:00)
- Se le concede el uso de la palabra al MINISTERIO PUBLICO (min. 00:12:30)

#### **6. SENTENCIA (00:21:00 min.)**

La Magistrada ponente de conformidad con el artículo 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, procede a dictar sentencia y dar lectura a la parte resolutive del mismo.

En ese orden de ideas, la Colegiatura procedió a resolver el asunto sometido a consideración, identificando nuevamente el problema jurídico del presente asunto. Así mismo se indicó que la **TESIS DE LA SALA** sería la de **ACCEDER PARCIALMENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA. (00:22:00)**

Seguidamente se procedió a hacer resumen de los fundamentos legales y jurisprudenciales que apoyan la tesis del Tribunal, advirtiendo que existe abundante jurisprudencia del H. Consejo de Estado por medio de la cual se indica que los contratos de prestación de servicios celebrados con los docentes si deben ser tenidos en cuenta para efectos de reconocimiento pensional, sin que previamente sea necesario iniciar un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho para declarar la existencia de una contrato realidad.

Para fundamentar su decisión se citó el Decreto 2277 de 1979 en sus artículos 2 y 3, y la postura de la H. Corte Constitucional al estudiar demandas de inexecutable, entre otros, del artículo 6° de la Ley 60 de 1993, referente a la administración de las plantas de personal docente, estableciendo que cuando se trata del desempeño de funciones docentes éstas no se pueden adelantar a través de contratos de prestación de servicios, porque siempre se predica del ejercicio de dichas actividades la subordinación o dependencia propias de la relación laboral. **Consejo de Estado - Sección Segunda - C.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 6 de mayo de 2010. Radicado: 2005-578**

Igualmente, citó reciente pronunciamiento del H. Consejo de Estado en caso. similar al que ocupa la atención de la Sala, donde se debatía la inclusión de contratos de prestación de servicio dentro del tiempo laborado por una docente a efectos de reconocerle una pensión gracia, la **Sección Segunda del H. Consejo de Estado mediante sentencia del 21 de junio de 2018, con ponencia del Dr. Cesar Palomino Cortés, Radicado Interno: 0582-15.**

Así las cosas, precisó que no quedaban dudas para la Corporación que, de conformidad con la línea jurisprudencial trazada por el H. Consejo de Estado, el lapso laborado por los docentes mediante la modalidad de contratos de prestación de servicios, deben ser incluidos en el cómputo del



Asunto: Continuación de Audiencia Inicial  
Medio de control: NyR  
Radicación: 2017-454  
Demandante: Dilia Vizcaíno  
Demandado: FOMAG

reconocimiento de sus derechos pensionales, en virtud que, durante el periodo laborado se entienden configurados los elementos de una verdadera relación laboral. Así mismo indicó que se puede tomar como referencia el caso de reconocimiento de pensión gracia, habida cuenta que en ambos casos (tanto en pensión de jubilación como en pensión gracia) lo que tiene en cuenta para el reconocimiento pensional es el tiempo de servicios y no las semanas cotizadas.

Determinado lo anterior, se procedió a analizar los requisitos legales aplicables al caso en concreto para ser beneficiarios de la pensión de jubilación. (00:27:05)

Para los efectos pertinentes citó el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005.

Así las cosas, precisó que en el presente asunto la demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, antes del 26 de junio de 2003, pues su vinculación a través de contratos de prestación de servicios se efectuó desde el 01 /febrero/1993 y por nombramiento, el 08/marzo/1997. **En consecuencia, se expuso que a la demandante la rige lo dispuesto en la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989 en lo referente al régimen pensional.**

Acto seguido, se procedió a hacer lectura del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 establece:

**"ARTÍCULO 1º.-** *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 e/ último año de servicio."*

Al respecto precisó la Sala que, se seguiría reconociendo **el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio**, toda vez que la regla jurisprudencial fijada por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, en relación con que el Ingreso Base de Liquidación establecido en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993; tal como lo afirmó el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en su sentencia de unificación. Se procedió a hacer lectura literal de lo dispuesto en la sentencia de unificación.

(...)

*La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional; está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.*

(...)

**Así mismo, el H. Tribunal anunció el cambio de postura respecto de los factores salariales a tener en cuenta en virtud de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.**



Asunto: Continuación de Audiencia Inicial  
Medio de control: NyR  
Radicación: 2017-454  
Demandante: Dilía Vizcaíno  
Demandado: FOMAG

En tal sentido, atendido a que las sentencias de unificación jurisprudencial del H. Consejo de Estado cumplen un papel preponderante en la tarea del fallador, **corresponde a esta Colegiatura aplicar irrestrictamente la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo**, frente a los factores salariales que deben ser incluidos en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición.

Por tanto, **deja sentado la Colegiatura que varía su postura respecto de la inclusión de los factores salariales que deben ser incluidos en el IBL para las pensiones de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición, entendiendo que ÚNICAMENTE deben ser incluidos aquellos sobre los que se, hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.**

#### ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Descendiendo el asunto al caso concreto, se encuentra probado en el expediente que el periodo total de tiempo acreditado por el docente, DILIA MERCEDES VIZCAINO ROSELLON, corresponde al siguiente:

TIPO DE VINCULACIÓN	PERIODO DE VINCULACIÓN	TIEMPO LABORADO	FOLIO DE LA PRUEBA
Contrato de prestación de servicios(Alcaldía de Fundación)	1° de febrero de 1993 hasta el 30 de noviembre de 1993	9 meses + 29 días	7, 17
Contrato de prestación de servicios(Alcaldía de Fundación)	1° de febrero de 1994 hasta el 30 de noviembre de 1994	9 meses + 29 días	7, 17
Contrato de prestación de servicios(Alcaldía de Fundación)	15 de febrero de 1995 hasta el 30 de diciembre de 1995	10 meses + 15 días	7, 17
Contrato de prestación de servicios(Alcaldía de Fundación)	1° de febrero de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1996	10 meses + 30 días	7, 17
Decreto No. 125 de 1997(Alcaldía de Fundación)	08 de abril de 1997 hasta el 13 de marzo de 2003	5 años + 11 meses + 5 días	6, 17,
Decreto No. 024 de 2003(Alcaldía de Fundación)	14 de marzo de 2003 hasta el 10 de noviembre de 2004	1 año + 7 meses + 27 días	104A
Decreto No. 382 de 2004 (Alcaldía de Fundación)	11 de noviembre de 2004 hasta el 30 de abril de 2017	12 años + 5 meses + 19 días	98, 14-15



Asunto: Continuación de Audiencia Inicial  
Medio de control: NyR  
Radicación: 2017-454  
Demandante: Dilia Vizcaíno  
Demandado: FOMAG

	<b>TOTAL</b>	23 años + 6 meses + 3 días = 8.464 días	
--	--------------	--	--

**Lo anterior permite concluir que efectivamente el demandante acreditó un total de 8.464 días en total (equivalente a 23 años, 6 meses y 3 días).**

Ahora bien, dado que la demandante nació el 16 de noviembre de 1959 y cumplió los 55 años el **16 de noviembre de 2014**, a partir de esa fecha se encontraba consolidado el derecho pensional, dado que ya para el año 2014 ya había sobrepasado los 20 años del servicio.

Respecto de los factores salariales que han de tenerse en cuenta al momento del reconocimiento de la pensión, tal como se advirtió en líneas precedentes, atendiendo la variación de postura de esta Corporación en aplicación irrestricta de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 proferida por el H. Consejo de Estado, únicamente pueden incluirse en el reconocimiento de la pensión de la actora, aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

- **En conclusión:** Como quiera que la demandante acreditó cumplir con los requisitos legales establecidos en la Ley 33 de 1985, se ordenara el reconocimiento y pago del derecho pensional teniendo en cuenta los factores salariales cotizados.

Finalmente, indicó la Sala **respecto de la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** propuesta por la entidad demandada que, no hay lugar a declarar probada la misma, por cuanto la demanda fue presentada el 4 de diciembre de 2017 y el acto acusado (Resolución No. 1205 del 20 de octubre de 2017) fue notificado el 12 de octubre de la misma anualidad.

#### **De los descuentos para seguridad social en pensiones**

En relación con los descuentos para seguridad social en pensión el H. Consejo de Estado ha reiterado en diversas ocasiones - **SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCION A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, 30 de noviembre de 2017, Radicación interna: (3280-14) Actor: JORGE ENRIQUE RIVERA DÍAZ** - que la omisión 'por parte de la administración no impide el reconocimiento de los mencionados conceptos para efectos pensionales, pues aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional.

Ha de señalarse que en caso de que no se hayan efectuado aportes para efectos pensionales durante el tiempo que la demandante estuvo desempeñando su labor como docente mediante contrato de prestación de servicios, la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales podrá deducir los mismos y actualizar a valor presente la cifra que le corresponde sufragar al empleador y al demandante pudiendo repetir contra el primero para obtener su pago y determinando el valor a descontar de la pensión del segundo) lo anterior en aras de salvaguardar como principio general, la 'financiación de la seguridad social, el equilibrio financiero y la sostenibilidad financiera del sistema pensional.



Asunto: Continuación de Audiencia Inicial  
Medio de control: NyR  
Radicación: 2017-454  
Demandante: Dilía Vizcaíno  
Demandado: FOMAG

**En este estado de la diligencia se suspendió unos instantes la misma, a efectos de que la Sala procediera a analizar la solicitud elevada por el Ministerio Público encaminada a condenar en costas a la parte demandada.**

## 7. CONDENA EN COSTAS

El Dr. Adonay Ferrari Padilla tomó el uso de la palabra y expuso que la tesis de la Sala Dual era la de no acceder a la petición elevada por el Agente del Ministerio Público, toda vez que no coincide con la misma, puesto que el accionar por parte del FOMAG obedece al ejercicio propio de su derecho a la defensa, sin embargo, indicó, que en el futuro si será tenida en cuenta la actuación la actuación del FOMAG al respecto.

Como consecuencia de lo anterior, concluyó la Magistrada Ponente señalando que no habría lugar a condenar en costas a la parte demandada.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Administrativo del Magdalena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## FALLA

**PRIMERO:** Declarar la nulidad de la **Resolución No. 1205 del 20 de octubre de 2017**, proferida por la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena mediante la cual resolvió negativamente la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación de la señora DILIA VIZCAINO ROSELLON.

**SEGUNDO:** Ordenar a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la señora DILIA VIZCAINO ROSELLON, efectiva **a partir de 16 de noviembre de 2014 en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicios anterior a la fecha en que adquirió el status**, con la inclusión de los factores salariales sobre los que se hayan efectuado los: aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

**TERCERO:** Autorizar a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a realizar los descuentos de los aportes que correspondían a la DILIA VIZCAINO ROSELLON durante el tiempo que estuvo desempeñando su labor como docente mediante el contrato de prestación de servicios **en caso en que éstos no se hayan hecho**, del valor del retroactivo producto del reconocimiento del derecho pensional.

**CUARTO:** No condenar en costas.

**QUINTO:** Ordenar la devolución del remanente de los gastos procesales cancelados o su totalidad, en caso de no haberse utilizado.

**SEXTO:** Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del, CPACA.

**SÉPTIMO:** Si no fuere apelada la Sentencia **ordénese su archivo.**

**COPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE**



Asunto: Continuación de Audiencia Inicial  
Medio de control: NyR  
Radicación: 2017-454  
Demandante: Dilia Vizcaíno  
Demandado: FOMAG

### **8. SANEAMIENTO DEL PROCESO (min. 00:47:00)**

Agotada esta etapa, de conformidad con lo establecido en el artículo 207 del C.P.A.C.A. se pregunta a las partes si durante la realización de la audiencia se presentó algún vicio que conlleve a la anulación del procedimiento.

### **9. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La parte demandada interpuso recurso de apelación sin sustentarlo, indicando que lo realizaría dentro del término establecido en la Ley 1437 de 2011.

**HORA DE FINALIZACIÓN:** 09:15 am

Con la firma de esta acta, se autoriza expresamente la publicación del contenido de la misma en la página web del Despacho

**MARÍA VICTORIA QUIÑONES TRIANA**  
Magistrada ponente

**ADONAY FERRARI PADILLA**  
Magistrado

**ANDREA CAROLINA NOGUERA PORTNOY**  
Auxiliar Judicial

**CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ SAUMETH**  
Auxiliar Judicial Ad-Honorem

**STEFANI ESTRADA CASTRO**  
Apoderado de la parte ejecutante

**JOHANNA MONSALVO TORRES**  
Apoderada de la parte demandada FOMAG

**MANUEL MARIANO RUMBO MARTÍNEZ**  
Procurador Judicial II ante el Tribunal Administrativo del Magdalena