



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral

**LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**

**Magistrado ponente**

**STL13499-2022**

**Radicación n.º 67806**

**Acta 31**

Valledupar (Cesar), catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala a pronunciarse, en primera instancia, respecto de la demanda de tutela presentada por **JUAN ANTONIO HERNÁNDEZ GARCÍA** contra la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA**, trámite al cual se vinculó al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esa misma ciudad, a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a las demás partes e intervinientes, dentro del proceso ordinario laboral con radicado n.º 08001310500420180037901, por tener interés en la acción constitucional.

## I. ANTECEDENTES

Juan Antonio Hernández García promovió acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social, presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

Como sustento de su solicitud manifestó que, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le otorgó una pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución 0273 del 6 de abril de 2004, y que, siendo docente oficial pensionado, se afilió y cotizó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., durante la ejecución de un contrato de prestación de servicios como docente, que tuvo con la Universidad del Atlántico.

Indicó que, el 23 de marzo de 2018, solicitó a Protección S.A. la devolución de saldos, y recibió respuesta negativa con el argumento de que la prestación reconocida por el Fondo de Pensiones del Magisterio es incompatible con las prestaciones que reconoce esa AFP; que presentó solicitud encaminada a que se revocara esa decisión y que, el 1 de agosto de 2018, recibió respuesta en la que se le indicó que *«una vez revisada la documentación aportada por usted, constatamos que las prestaciones entre los dos regímenes son incompatibles. Por lo tanto, procedimos con la devolución de sus aportes, la cual se realizó el 21 de junio de 2018, dicho pago salió abonado a la cuenta Fiduprevisora por un valor de \$ 32.110.346»*.

Señaló que, el 4 de agosto de 2018, nuevamente radicó ante Protección S.A. una solicitud de devolución de saldos, dado que no obtuvo de la Fiduprevisora S.A. el dinero correspondiente y que, el 29 de agosto de 2018, Protección S.A. le dio respuesta a la petición anexando la relación de los aportes realizados, pero no allegó soportes que demostraran que realmente efectuó el giro de los mismos a la Fiduprevisora S.A.

Informó que, al no obtener respuesta favorable de parte de la AFP Protección S.A., inició un proceso ordinario laboral en su contra, con el propósito de: (i) demostrar que las prestaciones económicas entre los dos regímenes son compatibles, sobre todo porque su vinculación como docente del Estado se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 912 de 2003 y de (ii) solicitar la devolución de saldos, la indexación del dinero que resultare a su favor y el pago de los intereses moratorios.

Afirmó que la causa fue conocida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla y que, mediante providencia proferida en audiencia el 19 de febrero de 2021, negó las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Adujo que, pese a que manifestó su inconformidad con el fallo, le fue negado el recurso de apelación y que, debido a que la sentencia le fue completamente adversa, el 26 de febrero de 2021, el caso fue remitido en grado de consulta al

Tribunal Superior de Barranquilla, autoridad que, mediante providencia de 30 de junio de 2022, confirmó en todas sus partes la sentencia proferida por el juez de conocimiento.

Arguyó que la providencia emanada del Tribunal Superior de Barranquilla incurrió en defecto sustantivo «*al no darle aplicación a (...) las normas correspondiente a mi caso concreto como art. 279 y 60 de la ley 100 de 1993, y ley 91 de 1989 y aplicando normas inaplicables como ley 812 de 2003, artículo 128 de la constitución política*», así como en defecto fáctico «*por no valorar los documentos probatorios anexos de la demanda como el decreto de nombramiento como docente y acta de posesión, para determinar el régimen aplicable al caso concreto*».

Argumentó que la sentencia referida desconoció igualmente el precedente judicial, sobre todo, los pronunciamientos realizados por esta Corte en sentencias CSJ SL 3 may. 2011 rad. 39810, CSJ SL451-2013, CSJ SL5092-2019 y CSJ SL2649-2020, en las que quedó clara la compatibilidad de ambas prestaciones. Además, aludió que las cotizaciones realizadas a las Administradoras de Fondos de Pensiones, en su concepto, son recursos parafiscales y, por tanto, no pueden entenderse como recursos públicos de manera que no es procedente aplicar el artículo 128 de la Constitución Política.

Con base en los anteriores supuestos fácticos, solicitó que se revocara la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, el 30 de junio de 2022 y, en su lugar, se

ordenara emitir nuevo fallo que tuviera en cuenta los postulados de jurídicos aplicables al caso concreto para conceder la prestación económica que solicita.

Mediante Auto de 24 de agosto de 2022 se inadmitió la acción de amparo porque al verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos, se advirtió que el accionante omitió manifestar bajo la gravedad de juramento que no había presentado otra acción de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, conforme lo exige el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, no obstante, una vez subsanada, mediante auto de 2 de septiembre de 2022 se admitió, se vinculó al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la demás partes e intervinientes dentro del proceso ordinario laboral con radicado n.º 08001310500420180037901, por tener interés en la acción constitucional y se corrió traslado para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

En respuesta a la acción de tutela, la Juez Cuarta Laboral del Circuito de Barranquilla, luego de narrar las actuaciones adelantadas por ese Despacho dentro del proceso, señaló que lo solicitado por la parte accionante escapa de la órbita de ese juzgado, por lo que solicitó que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva. Adicionalmente, resaltó que ese despacho no vulneró ninguno de los derechos invocados por el accionante y que la acción de tutela es improcedente.

El representante legal judicial de Protección S.A. puso en conocimiento que el convocante presentó afiliación efectiva al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por esa empresa, desde el 27 de julio de 2006, producto de un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES y que su afiliación fue anulada el pasado 25 de enero de 2018. De igual manera, adujo que, en el presente caso, se configura la cosa juzgada por cuanto la sentencia proferida por el Tribunal Superior está ejecutoriada y, en consecuencia, considera que la acción de amparo no está llamada a prosperar.

La Coordinadora de Tutelas de la Dirección Gestión Judicial de la Fiduprevisora S.A solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela de la referencia. Asimismo, solicitó la desvinculación de esa entidad, que actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por no estar legitimados en la causa por pasiva.

El jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación solicitó desvincular a esa entidad, toda vez que, los derechos fundamentales reclamados no han sido transgredidos por esa entidad.

El subdirector de defensa judicial pensional de la UGPP señaló que la Unidad debe ser desvinculada de la presente acción de tutela debido a que no tiene competencia para tramitar o gestionar lo pretendido por el actor, pues tales

pretensiones son atribuibles al Despacho judicial conocedor del respectivo proceso y a las entidades que fueron parte en él. De esta manera, considera que es evidente que la UGPP no ha vulnerado ningún derecho de la parte aquí accionante y debe ser desvinculada del presente trámite tutelar, máxime si se tiene en cuenta que la pensión otorgada por la extinta CAJANAL fue la Pensión Gracia, la cual se genera no por pago de aportes sino como una dádiva del Estado a quienes cumplieron 20 años de servicio como docentes de orden territorial, nacionalizado y no Nacional.

No se aportaron más pronunciamientos dentro del término concedido para tal efecto.

## **II. CONSIDERACIONES**

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y los decretos que reglamentaron su ejercicio, la acción de tutela fue establecida para reclamar, mediante un procedimiento de trámite preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente previstos por la ley, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional desarrolló una doctrina bien definida sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, orientada a procurar un equilibrio entre dos elementos fundamentales del orden constitucional, a saber, la primacía de los derechos fundamentales y el respeto por los principios de autonomía e independencia judicial.

El Alto Tribunal Constitucional en sentencia CC SC-590-2005, buscó hacer compatible el control de las decisiones judiciales por vía de tutela, con los principios de cosa juzgada, independencia, autonomía judicial y seguridad jurídica e identificó algunos requisitos específicos que se deben cumplir para que proceda la tutela en contra de providencia judiciales, que los dividió en requisitos formales de procedibilidad y causales especiales de procedencia.

Indicó, específicamente, que antes de examinar si se incurrió en alguna de las causales de procedibilidad, es decir, en un defecto específico, se debe constatar el cumplimiento de los siguientes requisitos formales de procedibilidad, a saber: (i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma



razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible y (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela.

En el presente caso, el asunto sometido a estudio tiene relevancia constitucional, comoquiera que está en discusión una prestación económica creada para cubrir el riesgo de vejez; se cumple con el requisito de inmediatez, pues el fallo discutido fue proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla el 30 de junio de 2022 y notificado por edicto entre el 11 y el 13 de julio de ese mismo año; se cumple con el requisito de subsidiaridad, ya que no hay otro mecanismo de defensa judicial, teniendo en cuenta que no existe interés económico para recurrir en casación; no se trata propiamente de una irregularidad procesal; el actor identifica claramente los hechos, las pretensiones y los derechos presuntamente vulnerados y no se discute una acción de tutela como tal.

Superado el cumplimiento de los requisitos formales de procedencia, se analizarán las causales específicas de procedibilidad.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia CC SC-590-2005 señaló que los requisitos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales son: «(i) Defecto orgánico; (ii) defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido o por exceso ritual manifiesto; (iii)

defecto fáctico; (iv) defecto material o sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución»

De esta manera, emerge la necesidad de revisar la providencia de marras que zanjó la causa laboral con el propósito de determinar si incurrió en alguna de las mencionadas causales de procedencia.

De acuerdo a lo adocinado por la Corte Constitucional, el defecto sustantivo o material se presenta cuando, entre otras circunstancias, la autoridad judicial aplica la interpretación de una norma que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica. En diversas sentencias el Alto Tribunal Constitucional construyó los distintos supuestos que pueden configurar este defecto, los cuales fueron recogidos en la sentencia CC SU-649-2017, la cual se transcribe en lo pertinente:

Esta irregularidad en la que incurren los operadores jurídicos se genera, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque: (a) no es pertinente<sup>[46]</sup>, (b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia<sup>[47]</sup>, (c) es inexistente<sup>[48]</sup>, (d) ha sido declarada contraria a la Constitución<sup>[49]</sup>, (e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador<sup>[50]</sup>; (ii) *a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable*<sup>[51]</sup> o «la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes»<sup>[52]</sup> o *se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial*; (iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido

su alcance con efectos erga omnes<sup>[53]</sup>, (iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva<sup>[54]</sup> o contraria a la Constitución<sup>[55]</sup>; (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza «para un fin no previsto en la disposición»<sup>[56]</sup>; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso<sup>[57]</sup> o (vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto<sup>[58]</sup> (negrilla fuera de texto).

En el *sub lite*, de acuerdo con la información y a los documentos allegados al plenario, el accionante inició proceso ordinario laboral en contra de la AFP Protección S.A. buscando la devolución de saldos de las cotizaciones realizadas a esa administradora y, mediante fallo de primera instancia, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla denegó las pretensiones. El demandante interpuso recurso de apelación y el mismo le fue negado, por lo que, en consideración a que es un fallo proferido en primera instancia que fue completamente adverso al demandante (afiliado) en un juicio laboral, se remitió en grado de consulta al Tribunal Superior de Barranquilla, autoridad que confirmó el fallo del juez de conocimiento.

Para resolver el problema jurídico, el Tribunal Superior analizó el Decreto 1833 de 2016, a fin de determinar las personas habilitadas para afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y resaltó que, de acuerdo a esa norma, puede hacerlo cualquier persona natural que no haya sido excluida expresamente del mencionado Régimen. Posteriormente, citó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que menciona a los excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, puntualizando que están exceptuados del

sistema, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual, consideró que la afiliación realizada por el demandante en el año 2004 a la AFP Protección S.A. no era procedente, en virtud de que se trataba de una persona exceptuada del sistema. Al respecto, señaló específicamente:

En ese sentido, en un apego estricto a lo que dice la norma y sin hacer un análisis jurisprudencial más amplio que pudiera rebatir lo precitado, se puede inferir que la afiliación al régimen de ahorro Individual, administrado por PROTECCION S.A. en el año 2004, no era válida, dado su vinculación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y más aún cuando el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, de manera expresa establece las directrices sobre las afiliaciones de los docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003, cuando entró en vigor dicha norma y en la que expone

**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, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Dejando clara esa consideración, el fallador pasó a pronunciarse sobre la solicitud puntual de devolución de aportes presentada por el demandante a Protección S.A., afirmando que no era procedente, por cuenta de la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política, ya que, por un lado, parte de los aportes realizados a la AFP tuvieron como base recursos públicos, pues se

originaron en lo devengado por el demandante durante su vinculación contractual con la Universidad del Atlántico, que es una universidad pública y, de otro, los recursos que financian la pensión que le reconoció el FOMAG también se originan en recursos públicos, lo que implica que, de aceptarse la devolución de saldos, se estaría ante una doble erogación financiada con recursos provenientes del tesoro público. Al respectó, determinó:

No obstante, lo que pretende la parte actora es la devolución de aportes o saldos de los recursos que se encuentran en su cuenta de ahorro individual en PROTECCIÓN S.A. teniendo en como base las cotizaciones realizadas en calidad de docente desde el año 2004.

Al respecto, es preciso traer a colación que el demandante es beneficiario de una pensión de jubilación otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la devolución pretendida es con base en los aportes realizados por medio de la Universidad del Atlántico, es decir, un capital compuesto por un porcentaje de las cotizaciones aportadas por dicho empleador, en la cuenta individual del demandante, por lo que acceder a la pretensión del demandante implicaría una doble asignación proveniente del tesoro público, situación que prohíbe al tenor de lo dispuesto en la Constitución Política, artículo 128,

ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público impide que dos o más emolumentos que tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos, en este sentido, la norma comprende dos prohibiciones: i) desempeñar dos empleos de forma simultánea y ii) recibir más de una asignación del tesoro público.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-133 del 1º de abril de 1993, consideró

«[...]

Este mandato constitucional (el contenido en el artículo 128 de la Constitución Política) consagra una incompatibilidad que consiste en la prohibición de desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado.

A su turno, la Corte Constitucional dentro de la misma Sentencia, definió el alcance de dicha expresión como:

«[...] El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc.

Colofón de lo anterior, dentro de esta prohibición ha de entenderse no sólo la percepción de más de una asignación proveniente de varios empleos públicos, sino la de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, tal como es el caso bajo estudio, en el cual se pretende la devolución de unos aportes reunidos con un porcentaje provenientes de las cotizaciones del empleador, UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO.

En este contexto, se concluye que las razones aquí anotadas son suficientes para confirmar la providencia dictada el 3 de agosto de 2020, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla.

Todas esas razones llevaron al fallador de segundo grado a concluir que era improcedente la devolución de saldos y, por tanto, confirmó el fallo de primera instancia.

Para esta Sala, queda claro, en primer lugar, que el Tribunal no dejó de lado la valoración de algún documento allegado al plenario, ya que tuvo en cuenta todas las circunstancias probadas por las partes, sin embargo, observa que aplicó una norma que no es aplicable al caso concreto y realizó una interpretación errada de otra, todo lo cual sacó a la decisión judicial de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable, lo que

implica que la sentencia proferida incurrió en un defecto sustantivo, como se pasa a exponer.

En efecto, en concepto del Tribunal, la afiliación realizada por el accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 2004, derivada del contrato de prestación de servicios que suscribió con la Universidad del Atlántico, era improcedente porque el convocante estaba excluido del sistema, de acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, dicha norma no le es aplicable a las precisas circunstancias del accionante, dado que la misma se dirige a los docentes que están vinculados al servicio público educativo oficial (es decir, vinculados al magisterio), de cuya vinculación obtendrían los ingresos para realizar la cotización con miras a cubrir el riesgo de vejez, exclusión que es apenas natural, ya que tales servidores del Estado cuentan con un fondo público que funciona por fuera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y que responde por sus prestaciones económicas, pero no está dirigida a los docentes que tienen vinculaciones distintas al del servicio educativo oficial, pues, por razón de esas otras vinculaciones por las que perciba ingresos, tales docentes pueden afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, máxime cuando la vinculación de que se trata, es la de un contrato de prestación de servicios, en la que el contratista realiza sus aportes en calidad de trabajador independiente y como tal, es un afiliado obligatorio.

De hecho, en diferentes sentencias, emanadas de esta Corporación, se sostuvo que un docente vinculado al magisterio que esté acumulando tiempo para obtener su pensión de jubilación o ya haya sido pensionado por ese régimen exceptuado puede, a la vez, vincularse a instituciones educativas privadas y cotizar a cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones y, por supuesto, acceder a las prestaciones económicas derivadas de este último, previo cumplimiento de los requisitos legales.

En sentencia CSJ SL1968-2022, esta Corporación indicó:

Es que no puede confundirse el hecho de la afiliación del demandante en instancias al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su calidad de docente vinculado laboralmente a instituciones de carácter público, con su trabajo para instituciones particulares y la consecuente incorporación al Sistema General de Seguridad Social, pues, en cada caso, rigen reglas específicas, que aplican según la relación que se predique, lo que no significa que no sea posible gozar de la doble atribución, simultáneamente, y obtener las prestaciones que correspondan a cada uno de ellas, cumpliendo los requisitos del caso.

Y en sentencias CSJ SL, 19 jun. 2008, rad. 28164; CSJ SL, 06 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013, adoctrinó.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.



En suma, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 no rige el destino de la afiliación realizada por el accionante al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, dada la calidad en la que se afilió, esto es, como contratista de una universidad pública y no en calidad de docente nacional, nacionalizado o territorial, es decir que no fue producto del vínculo con el servicio público educativo oficial.

De otro lado, el Tribunal criticado aplicó de manera errónea el artículo 128 de la Constitución Política. Para esa autoridad judicial, en consideración a que el demandante tiene asignada una Pensión Gracia por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y los aportes que realizó al RAIS derivan de un empleador o contratante público, se debe aplicar la prohibición contenida en ese artículo al configurarse una doble erogación de recursos provenientes del tesoro público.

Sobre el particular, en varias oportunidades esta Corporación ha dejado claro que, si bien, es probable que los dos regímenes pensionales reciban cotizaciones de afiliados que trabajan en entidades públicas, no necesariamente las prestaciones económicas financiadas con esos aportes tienen el carácter de recursos públicos, ya que, al convertirse en cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, revisten el carácter de aportes parafiscales.

En sentencia CSJ SL451-2013, la Sala precisó:

El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

“En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.

Y en las sentencias CSJ SL3715-2021 y CSJ SL1127-2022 esta Corporación dejó claro que, indistintamente de su origen, las cotizaciones pensionales en el RAIS pasan a ser parte del capital acumulado por el afiliado dentro de su cuenta de ahorro individual, sin que las prestaciones que se deriven de la misma tengan el carácter de recursos públicos, cuando los aportes provienen de vínculos con entidades públicas.

Así las cosas, al acreditarse que el fallador de segundo grado erró al analizar el caso particular sometido a su consideración, dado que aplicó una norma que no debió sustentar su decisión (el artículo 279 de la Ley 100 de 1993) e interpretó de manera equivocada el artículo 128 de la Constitución Política y, por tanto, transgredió las garantías del debido proceso del tutelante, se concederá el amparo deprecado y, en consecuencia, se dejará sin efecto la sentencia con radicado interno n.º 69.326 proferida por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 30 de junio de 2022, en el proceso ordinario laboral n.º 08001310500420180037901 y se ordenará que, en el término improrrogable de diez (10) días, profiera nueva decisión en la se tenga en cuenta la calidad de contratista, en virtud de la cual, el actor realizó las cotizaciones y lo adocinado por esta Colegiatura.

### **III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso invocado por **JUAN ANTONIO HERNÁNDEZ GARCÍA**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

**SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO** la sentencia con radicado interno n.º 69.326, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 30 de junio de 2022, en el proceso ordinario laboral n.º 08001310500420180037901 y, en consecuencia, ordenar al mencionado Tribunal que, en el término improrrogable de diez (10) días, profiera nueva decisión en la que resuelva la procedencia de la solicitud de devolución de saldos realizada

por el accionante, atendiendo las consideraciones aquí consignadas.

**TERCERO:** Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

**IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ**  
Presidente de la Sala

**GERARDO BOTERO ZULUAGA**

**FERNANDO CASTILLO CADENA**

**LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**

**OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR**



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral

**LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**

**Magistrado ponente**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**Radicación n° 67806**

**JUAN ANTONIO HERNÁNDEZ GARCÍA vs. SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA.**

Con el acostumbrado respeto, por las decisiones de la Sala, en esta ocasión me permito aclarar el voto en tanto considero que el régimen exceptuado de los docentes del sector oficial se encuentra vigente y no se extendió solo hasta la entrada en vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, como paso a explicar.

El régimen del magisterio, dirigido a los docentes del orden público, conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 junto a otros regímenes, fue excluido de su órbita de aplicación lo que implicó que se mantenían las condiciones del mismo y atendiendo los vínculos de naturaleza pública, no hacían parte del sistema.

Es una realidad que los docentes, además de tener vínculo laboral de naturaleza pública podían, ya fuera de

manera simultánea o no, trabajar para empleadores del sector privado frente a los que, conforme al artículo 15 de la Ley 100 de 1993, surgía la obligación de afiliación al sistema pensional y, por ende, el pago de los correspondientes aportes para la cobertura de su trabajador, pues recuérdese que el régimen exceptuado era exclusivamente para los vínculos emanados de relaciones con entidades públicas.

Ahora bien, efectivamente la Ley 812 de 2003 en su artículo 81, para el régimen prestacional de los docentes, además de *«reiterar su campo de aplicación a los docentes vinculados al servicio oficial»*, modificó su acción protectora, pues a aquellos nuevos maestros del servicio oficial que se vincularan a partir de la vigencia de la norma en comento, sus derechos pensionales serían *«conforme»* al régimen de prima media del estatuto pensional, *«conservando el requisito de la edad»* de pensión de vejez en 57 años para hombres y mujeres, como se desprende de la misma norma y que, a continuación, se cita:

**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, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Así las cosas, nótese que, este marco regulatorio en nada altera la condición de exceptuado del régimen de docentes, ni está haciendo una incorporación expresa de dicho régimen al sistema general de pensiones, como sí se efectuó con otros regímenes como es el caso de los nuevos trabajadores de Ecopetrol en el año 2003<sup>1</sup>; lo que «*modifica es el régimen de prestaciones*» que, a partir de la vigencia de la misma y a los nuevos docentes del sector oficial se les aplicaría, preservando el requisito de edad; e inclusive se llama la atención que su ámbito de aplicación sigue restringido al sector oficial.

La vigencia de este artículo ha sido prorrogada en las siguientes leyes de los planes nacionales de desarrollo, inclusive si acudimos al Acto Legislativo No. 01 de 2005, mediante el cual se puso el límite temporal de aplicación de los regímenes exceptuados, especiales, convencionales y de pactos colectivos, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos y expectativas legítimas de los afiliados a los mismos, encontramos que «*A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los **parágrafos del presente artículo***» y en el párrafo transitorio referido al régimen de docentes oficiales indicó:

Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo 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

---

<sup>1</sup> Ley 797 de 2003

artículo [81](#) de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo [81](#) de la Ley 812 de 2003.

Así, el párrafo transitorio establece y diferencia las «normas prestacionales» aplicables a los docentes del sector oficial y nuevamente identifica dos grupos: i) los docentes vinculados al servicio público educativo oficial antes del 27 de enero de 2003, es el del Magisterio, establecido en las normas legales anteriores a la Ley 812 de 2003, y ii) docentes oficiales vinculados al servicio público educativo oficial, a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, sus condiciones serán las de su artículo 81.

De lo expuesto podemos evidenciar que, efectivamente, se mantienen las normas prestacionales propias de los docentes del sector oficial y puede afirmarse que aún no han sido incorporados al sistema general de pensiones.

Para estos efectos vale la pena dar una mirada al Decreto 3752 de 2003, reglamentario del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, a través del cual se define el personal que debe afiliarse al Fondo del Magisterio, sus requisitos y trámite; así como la transferencia de recursos en cumplimiento de lo establecido en la norma reglamentada; normatividad que nos permite llegar a la conclusión de que continúa como un régimen separado y exceptuado del sistema general de pensiones. Repárese en que el artículo 1o de la precitada norma contempla:



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

Parágrafo 1º. La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.

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

De lo anterior emerge cristalino que la habilitación de afiliación al Fondo del Magisterio es exclusivamente para los docentes de sector oficial y otra particularidad en la vinculación a dicho fondo, es que esta *«no la realiza el trabajador docente sino la entidad territorial»* a través de la solicitud de afiliación ante la sociedad fiduciaria que maneja los recursos del Fondo, la cual debe acompañar con el soporte documental exigido, a saber:

1. Historia laboral de cada uno de los docentes cuya afiliación se pretende, con el soporte documental requerido de acuerdo con el formulario de afiliación que se establezca para tal efecto.
2. Certificado expedido por la respectiva entidad territorial, en el que se incluyan tanto a los docentes con pasivo prestacional a cargo de la entidad territorial como a aquellos que no presenten pasivo prestacional a cargo de tales entidades, en el cual se indique el régimen prestacional que por ley cubre a cada uno de los docentes cuya afiliación se pretende.
3. Autorización del representante legal de la entidad territorial de conformidad con la [Ley 715 de 2001](#), para que con los recursos propios de esta se cubra todo aquello que no se alcance a cubrir

con lo que dispone el Fonpet. Así mismo deberá autorizar que sus recursos en el Fonpet le sean descontados, luego del cruce contra el cálculo actuarial que refleja su pasivo y que de los recursos que le corresponden a la entidad territorial de la participación para educación en el Sistema General de Participaciones se realicen los descuentos directos de que trata el párrafo 1º del artículo 18 de la [Ley 715 de 2001](#). El pago del pasivo que no pueda ser cubierto con los recursos del Fonpet se garantizará mediante la entrega de un pagaré a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual se entregará junto con la autorización de que trata el presente numeral.

Parágrafo 1º. La información de los numerales 1 y 2 deberá ser suficiente, de acuerdo con los parámetros que fije el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la elaboración del cálculo actuarial. La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo para autorizar la afiliación certificará en cada caso que dicha información se encuentra acorde con lo señalado en este inciso.

Parágrafo 2º. Para cada grupo de docentes que se pretenda afiliar se deberá agotar este procedimiento y el cálculo se adicionará con las novedades que ingresen.

Ahora bien, en cuanto a las prestaciones conforme al mismo decreto al que nos referimos, encontramos que efectivamente se entiende que se causan a partir de los requisitos legales que determinen su exigibilidad teniendo en cuenta la fecha de causación:

Las prestaciones sociales de los docentes causadas con anterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones estarán a cargo de la respectiva entidad territorial o de la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes.

Las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones serán reconocidas de conformidad con lo que establezca la Ley y se pagarán por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se causen a favor de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se

limitará al período de cotizaciones que haya efectivamente recibido el Fondo y al valor del pasivo actuarial que le haya sido efectivamente cancelado.

Esta regulación nos confirma que las condiciones de amparo del Magisterio siguen siendo ajenas al sistema general de pensiones, desde su operatividad como en la definición de derechos, así como su financiación. No está de más resaltar otro aspecto relevante que corrobora aún más el punto que hoy se alerta y es que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>2</sup> es una cuenta especial de la nación adscrita al Ministerio de Educación Nacional, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, no es una administradora del sistema y dentro de las funciones que le fueron asignadas está desde las prestaciones sociales como la prestación de los servicios médico asistenciales, velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones. Todo lo que hoy se mantiene vigente.

---

<sup>2</sup> Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad. **(Nota: Inciso reglamentado por el [Decreto 2831 de 2005](#).)**

Entonces, aun cuando se concibió la acumulación de aportes en el Fondo del Magisterio desde 1994, no hay desarrollo normativo que así lo materialice, por el contrario, conforme a las normas que lo regulan, su marco de acción es solo sobre los recursos provenientes del sector oficial; así se confirma que aún hoy se mantiene el régimen exceptuado pues a riesgo de fatigar, no se ha efectuado la incorporación del régimen exceptuado de Magisterio al sistema general de pensiones, no se evidencia que se haya unificado la administración de los recursos de los docentes cuyo trabajo le permite nutrirse tanto de recursos del sector privado como del oficial; aun cuando sea docente oficial, si el trabajador presta su servicio en el sector privado, el empleador está en la obligación de afiliar a su trabajador con la correspondiente cotización, se mantiene vigente la libertad de escogencia del maestro cuya remuneración es privada, entonces la compatibilidad de las prestaciones del sistema general de pensiones y del régimen especial de magisterio se mantiene vigente.

Se insiste, solo será viable entender que terminó el régimen especial de magisterio cuando efectivamente estén los mecanismos que habiliten y permitan a las administradoras no solo acumular las cotizaciones sino como se integran los recursos o aportes de diferentes fuentes laborales en las respectivas prestaciones para los afiliados, pues de otra manera, permitir la acumulación en un solo fondo sin que tales aportes tengan un peso en la prestación y tomarlos solo como fuentes de financiación, sería hacer nugatorio su esfuerzo de cubrir los riesgos y que tales

recursos, en el evento de ser recibidos, no se puedan tener en cuenta para mejorar la prestación pensional correspondiente. Así surge el segundo cuestionamiento y es si el régimen de magisterio efectivamente está unificado con el sistema pensional.

Conforme a lo anterior, aclaro el voto.

Fecha ut supra,

**FERNANDO CASTILLO CADENA**

**Magistrado**