

RECONOCIMIENTO DE LOS TIEMPOS LABORADOS MEDIANTE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DOCENTE.

En los casos en donde se persigue el computo de los tiempos laborales únicamente para efectos pensionales, estima la Sala como válido que dicha pretensión se tramite de manera conjunta dentro del proceso de reconocimiento de pensión docente, toda vez que su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad, y por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda. Lo anterior no obsta para señalar que debe cumplirse con la carga probatoria que encierra el contrato de prestación de servicios docente, a efectos de establecer con claridad el periodo de inicio y terminación de cada contrato, su objeto, la entidad con la cual se celebró el contrato y la entidad a la cual se efectuaron los aportes pensionales, para efectos de determinar la posibilidad de perseguir la cuota parte pensional y la entidad de previsión o ente responsable de ella.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 54001-23-33-000-2014-00363-01(2960-15)

Actor: CARLOS ISIDRO DÍAZ LIZARAZO

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Referencia: LEY 1437 DE 2011 – DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

I. ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4.º del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 13 de mayo de 2015, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor

Carlos Isidro Díaz Lizarazo contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

2.1.1. Pretensiones

El señor Carlos Isidro Díaz Lizarazo, por intermedio de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del CPACA, pidió la nulidad del Oficio 2014PQR27986 de 20 de septiembre de 2014, a través del cual la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le negó su solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación, de conformidad con lo señalado en la Ley 33 de 1985.

Igualmente solicitó que se declare como tiempo laborado por el demandante al servicio del departamento de Arauca aquel comprendido entre el 31 de enero de 1990 y el 23 de noviembre de 1994 bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios docentes, para completar los 20 años de trabajo que exige la Ley 33 de 1985 para configurar la pensión de jubilación.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la demandada a reconocerle y pagarle a partir del 17 de mayo de 2010, la pensión de jubilación, en cuantía del 75% del salario básico y demás factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del estatus; que se paguen las mesadas pensionales dejadas de percibir desde la fecha de la constitución del derecho hasta el día en que se haga efectivo el pago, «con las primas incluidas en la Ley 100 de 1993 y los aumentos automáticos anuales previstos en la Ley 71 de 1988». Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y que se condene en costas a la demandada.

2.1.2. Supuestos fácticos

En la demanda se indicó que el señor Carlos Isidro Díaz Lizarazo nació el 17 de mayo de 1955 y se ha desempeñado en la docencia oficial por más de 20 años, en el departamento de Arauca desde el 31 de enero de 1990 y hasta el 23 de noviembre

de 1994 mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios. Luego, fue nombrado a través de Decreto 611 de 24 de noviembre de 1994 en ese mismo ente territorial donde se desempeñó hasta el 1.º de noviembre de 1995 y desde esa misma fecha, fue nombrado como docente a través de Decreto 1095 de 18 de octubre de 1995 en el departamento de Norte de Santander, cargo que desempeña en la actualidad.

El 17 de mayo de 2010 reunió los requisitos para el reconocimiento pensional señalados en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, como son cumplir 55 años de edad y 20 años de servicios por lo que radicó petición en tal sentido, en la cual, solicitó además, se requiriera al departamento de Arauca para el reconocimiento de la cuota pensional por el periodo laborado bajo las modalidades de contrato de prestación de servicios y en propiedad, como consecuencia de ello, la Secretaría de Educación del Departamento de Santander dio respuesta negativa a su solicitud de través del oficio demandado.

2.1.3. Concepto de violación

Como **normas trasgredidas** mencionó de la Constitución Política, los artículos 1.º, 2.º, 13, 23, 25, 48, 53 y 243. De orden legal citó los artículos 11 y 12 de la Ley 43 de 1945; 17 de la Ley 6ª de 1945; 7.º del Decreto 1950 de 1973; 1.º, 2.º y 36, literal f) del Decreto 2277 de 1979; el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985 y la Ley 91 de 1989, literal a) numeral 3.º del artículo 15.

Como concepto de violación se indicó:

El acto acusado está viciado de nulidad, al desconocer que las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 concedieron autorización para la contratación de docentes que fueron suscritos por muchos entes territoriales; no obstante como incurrieron en la permanencia en el tiempo se desconocieron principios laborales, que transgreden el acceso a derechos como el de la pensión de jubilación.

El artículo 75 numeral 31 del Decreto 1848 de 1969 permite la acumulación de tiempos de servicio imponiendo cuotas partes a las otras entidades oficiales según el procedimiento señalado en el Decreto 2921 de 1948 sin necesidad de conformar el Litisconsorcio necesario.

Los maestros oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, gozan, como todos los servidores públicos del derecho a la seguridad

social como una retribución por su labor al Estado, por lo que gozan del derecho a la pensión de jubilación al superar 20 años de servicio y 55 años de edad, siempre y cuando se demuestre el ejercicio de la profesión docente.

Las formalidades establecidas en los contratos de prestación de servicios no pueden imponerse sobre la realidad histórica de los derechos de los trabajadores para desconocer los derechos mínimos laborales, sino que basta con cumplir el tiempo de servicio, para que se pueda generar el derecho pensional. Que tomando como referencia la sentencia C- 555 de 1994 el Consejo de Estado ha elaborado una línea jurisprudencial en la que sostiene que las vinculaciones temporales de los docentes subyacen los elementos propios de la relación laboral.

2.2. Contestación¹

La Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a las pretensiones de la demanda² al señalar que, el reconocimiento de un contrato realidad y una pensión de jubilación tienen como origen el cumplimiento de unos requisitos y tienen consecuencias jurídicas distintas que ameritan la observancia previa de unos requisitos de procedibilidad que no fueron agotados en relación con la pretensión de reconocimiento del contrato realidad al no demandarse al departamento de Aracua, se tiene que no se integró en debida forma el contradictorio, en los términos del numeral 1.º del artículo 162 del CPACA por cuanto no se demandó al departamento de Arauca. Tampoco se acreditó el requisito de conciliación prejudicial, ni se efectuó una indebida individualización de las pretensiones en los términos del artículo 163 del CPACA toda vez que no se demandó el acto administrativo a través del cual se negó el reconocimiento del contrato realidad. Además, el poder obrante en el expediente está dirigido a que se decrete la nulidad del Oficio 2014PQR27986.

Propuso las excepciones de prescripción, falta de legitimidad por pasiva, inexistencia de la obligación con fundamento en la ley e indebida acumulación de pretensiones.

2.3. Trámite en primera instancia

¹ F. 77

² Ff. 77 y s.s

Mediante auto de 11 de noviembre de 2014³, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander admitió la demanda; luego, a través de proveído de 4 de mayo de 2015 se fijó la realización de la audiencia inicial para el 13 de mayo del mismo año. (f. 116).

En dicha diligencia⁴ (i) fue saneado el proceso, (ii) se negó la prosperidad de las excepciones de prescripción, inepta demanda y falta de legitimación en la causa por pasiva, y (iii) se fijó el litigio en los siguientes términos:

«[...]¿Se encuentra viciado de nulidad el oficio No. 2014PQR27986 del 20 de septiembre de 2014, por haber sido expedido con violación de la normatividad superior, por no tener en consideración los efectos de la sentencia C- 555 de 1994 y el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985 en materia de pensión de jubilación?».

Igualmente, dispuso prescindir de la etapa probatoria según lo señalado por el numeral 3.º del artículo 179 del CPACA y se dio a inicio a las alegaciones.

En su intervención, **el apoderado de la parte demandante** reiteró las manifestaciones de la demanda. **El apoderado de la entidad demandada** reiteró los argumentos presentados en la contestación de la demanda e insistió en que el reconocimiento de las pretensiones debe realizarse a la luz de la Ley 33 de 1985, que señala los requisitos para el reconocimiento pensional que no reúne el demandante. El señor **agente del Ministerio Público** señaló que no se puede acceder a las pretensiones de la demanda toda vez que no se probaron los elementos de existencia del contrato realidad.

2.4. La sentencia apelada⁵

En el curso de la audiencia inicial de 13 de mayo de 2015, el *a quo* profirió sentencia en la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante. Al efecto, indicó que una vez verificados los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos por la Ley 33 de 1985 el demandante no había adquirido el estatus pensional a la fecha de presentación de la solicitud pensional por cuanto previamente debió haber solicitado ante el Departamento de Arauca el reconocimiento de una relación laboral y demandar el acto administrativo que diera respuesta a su solicitud.

³ F. 61

⁴ ff. 126 y s.s.

⁵ Ff. 131 y s.s.

Así entonces las certificaciones laborales acerca de su desempeño en el departamento de Norte de Santander imponían colegir que el accionante reunió los 20 años de servicios el 24 de noviembre de 2014, es decir, 4 días después de la expedición del acto demandado, por lo que no había lugar al reconocimiento pensional.

2.5. Razones de la apelación

El apoderado del demandante dijo que existe un claro criterio por parte del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en el que indica que los contratos de prestación de servicios docentes constituyen verdaderas vinculaciones laborales, al estar implícitos en los servicios docentes o educativos prestados bajo estas modalidades los elementos propios de la relación laboral; que en este caso la prueba fundamental era la certificación laboral aportada que demuestra los servicios aportados por el docente bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y la continuidad de su labor sin que deben exigirse otro tipo de pruebas.

Dijo además que corresponde a la Secretaría de Educación del departamento de Norte de Santander consultar la cuota parte correspondiente a los 1732 días que el señor Díaz Lizarazo laboró bajo el sistema de soluciones educativas considerando que dentro del agotamiento de la vía gubernativa el docente aportó la documentación que así lo respalda y no desestimar ese tiempo de servicio, considerando que durante el mismo no se efectuaron cotizaciones con destino a pensión.

2.6. Trámite en segunda instancia

Por autos calendados el 22 de septiembre de 2015⁶ y el 24 de octubre de 2016⁷, este despacho resolvió admitir el recurso de apelación y correr traslado para alegar de conclusión en segunda instancia, respectivamente. **Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.**

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala de Subsección a decidir previas las siguientes

⁶ F. 158.

⁷ F.163

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en los artículos 11, 12, 34 y 36 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

3.2. Problema jurídico

Conforme al marco de apelación, corresponde a la Sala de Subsección establecer si en este caso es procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación al demandante, con la inclusión de tiempos, que se señala, laboró a través de contratos de prestación de servicios en el departamento de Arauca.

Para resolver el anterior interrogante se establecerá en primer lugar la posición de la Corporación frente al tema, a efectos de verificar si debe confirmarse o revocarse la decisión de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

3.3. Posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado frente al régimen pensional de docentes oficiales.

A través de sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 la Sección Segunda de esta Corporación⁸, estableció la forma de liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, prevista en la Ley 91 de 1989, para lo cual determinó las siguientes pautas:

- a. Los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, y por tanto los factores en sus liquidaciones pensionales son aquellos sobre los que efectuaron los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62

⁸Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-014-CE-S2 - 2019. Expediente: 680012333000201500569-01 (0935-17)

de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los señalados en el citado artículo.

- b. En el caso de los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se les debe aplicar el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Para la liquidación pensional los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

A las anteriores conclusiones arribó la Sección Segunda del Consejo de Estado previo los siguientes razonamientos:

«[...]

51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

52. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

53. La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8 % equivalente al aporte de la Nación sobre “los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes”, respectivamente.

[...]

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- **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 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

65. 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 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

66. 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.

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ Edad: 55 años
- ✓ Tiempo de servicios: 20 años
- ✓ Tasa de remplazo: 75%

- ✓ Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**»

3.4. Cómputo de tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación. ¿Es viable solicitar su conocimiento en un mismo proceso ordinario?

En este caso se tiene que el demandante reclama el reconocimiento pensional a la luz de lo señalado por la Ley 33 de 1985, con la inclusión de los periodos laborados a través de contratos de prestación de servicios durante el periodo 1990-1995, con el municipio de Fortul, departamento de Arauca.

Tanto la entidad demandada como el Tribunal Administrativo de Norte de Santander estimaron improcedente acceder al reconocimiento pensional al considerar que el demandante debió demandar previamente al departamento de Arauca a efectos de obtener la declaración de existencia de contrato realidad frente al citado ente territorial, siendo improcedente efectuar el reconocimiento pensional en el mismo proceso administrativo y judicial.

Considera la Sala que tal argumento no es válido en la medida que existe una clara línea jurisprudencial de esta Corporación⁹ en la que ha considerado que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajan, motivo por el cual en virtud de los principios de

⁹ Ver sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del consejero dr. Carmelo Perdomo Cuéter, de 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado 23001233300020130026001 (00882015).

primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.

Ahora, estima la Sala que el pronunciamiento que se efectúe en el proceso ordinario de reconocimiento de la pensión de jubilación con inclusión de tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios encierra puede darse en dos escenarios con connotaciones diferentes:

- (i) la primera es que en caso de que persiga la declaración de existencia de contrato con realidad con todas sus connotaciones laborales y prestacionales debe darse previamente el agotamiento de la vía administrativa y convocar como demandada a la entidad territorial con la cual se suscribieron los contratos, a efectos de garantizar el derecho al debido proceso de la entidad responsable y así mismo el total cumplimiento de la sentencia.
- (ii) La segunda se presenta en los casos en que únicamente se persigue el cómputo de los periodos laborados a través de contratos de prestación de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación, escenario en el que es posible que el proceso ordinario se adelante únicamente con la comparecencia de la entidad de previsión. Esto por cuanto el Decreto 1848 de 1969 «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135»¹⁰ permite la acumulación de tiempos de servicio con la posibilidad de exigir la cuota parte de las otras entidades oficiales, al indicar que la pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo

¹⁰ «ARTÍCULO 75.- *Efectividad de la pensión.*

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 72 de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.

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

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

de servicios requerido por la ley y que en los casos de acumulación de tiempo de servicios la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.

Igualmente es de anotar que esta corporación ha reconocido tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios para reconocimientos de la pensión gracia dentro de un mismo proceso judicial, tal como lo ha señalado la Subsección B¹¹, Sección Segunda, al señalar:

«[...] conforme a los precedentes que sobre la materia ha debatido recientemente esta corporación, se han validado esos períodos para que sean computados con el ejercido en propiedad, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, dado que esa situación particular desentraña una verdadera relación de trabajo sobre la apariencia que haya querido ocultarla, y porque los maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario y, además, porque deben acreditar iguales condiciones de formación y experiencia¹².»

Adicionalmente, en materia de aportes pensionales, en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del consejero dr. Carmelo Perdomo Cuéter, de 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado 23001233300020130026001 (00882015) se indicó que, las reclamaciones «de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)³⁰, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad

¹¹ Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D. C., Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 15001-23-31-000-2012-00276-01(2922-15).

¹² En el mismo sentido se puede consultar: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencias (i) del 1º de diciembre de 2016, radicación 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014); (ii) del 1º de diciembre de 2016, radicación 15001-23-31-000-2010-01554-01 (3333-2015); y (iii) del 23 de febrero de 2017, radicación 7000123-33-000-2013-00205-01 (3183-2014). M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo». Igualmente señaló:

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

Establecido lo anterior y como **en este caso nos encontramos en el segundo de los escenarios propuestos, donde se persigue el computo de los tiempos laborales únicamente para efectos pensionales**, estima la Sala como válido que dicha pretensión se trámite de manera conjunta dentro del proceso de reconocimiento de pensión docente, toda vez su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad, y por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda.

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

3.5. Caso concreto

En el *sub lite*, se probaron los siguientes hechos:

- El señor Carlos Isidro Díaz Lizarazo, nació el 17 de mayo de 1955¹³.
- A folio 14 obra certificación proferida por el Rector de la Institución Educativa Alejandro Humboldt Fortul – Arauca que señala:

« CERTIFICA
Que CARLOS ISIDRO DÍAZ LIZARAZO identificado con [...] ingresó a laborar como Docente del Colegio Alejandro Humboldt a partir del 31 de Enero de 1990, por el sistema de “Solución Educativa”.

¹³ Según registro civil que obra a folio 31

Que mediante Decreto 611 de 24 de noviembre de 1994, el departamento hace un NOMBRAMIENTO COFINANCIADO al Lic. CARLOS ISIDRO DÍZ LIZARAZO, cargo que desempeñó hasta el 1.º de Noviembre de 1995, fecha en la cual presentó renuncia.»

- A folio 15 obra certificado de 22 de agosto de 2014, suscrito por el Secretario de Gobierno y Desarrollo Social del Municipio de Fortul – Arauca, con funciones de educación que señala:

«CERTIFICA

Que, el Lic. Carlos Isidro Díaz Lizarazo, Identificado con [...] laboró como Docente del Colegio Alejandro Humboldt a partir del 31 de Enero de 1990, por el sistema de “Solución Educativa”.

Que mediante Decreto 611 de Noviembre 24 de 1994, el Departamento hace Nombramiento Cofinanciado al Lic. CARLOS ISIDRO DÍAZ LIZARAZO, cargo que desempeñó hasta el 1.º de Noviembre de 1995, fecha en la cual presentó renuncia.»

- A través del oficio demandado SAC 2014PQR27986 de 28 de agosto de 2014 se le indicó al demandante que no era procedente su solicitud de reconocimiento pensional toda vez que el tiempo real de servicios acreditados ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es de 18 años, 4 meses y 7 días por lo que no cumple con uno de los requisitos legalmente establecidos para su exigibilidad cual es el tiempo de servicios, toda vez que no se podía tener en cuenta el tiempo comprendido entre 1990 y 1995, que señaló, laboró mediante contratos de prestación de servicios en el departamento de Arauca, entidad que era la competente para reconocer tales tiempos como efectivamente laborados¹⁴.
- De conformidad con certificado de tiempo de servicios (f .16) se tiene que el demandante fue nombrado mediante Decreto 611 de 5 de diciembre de 1994, con efectos fiscales desde el 24 de noviembre de 1994 y hasta el 13 de diciembre de 1995. **Además señala que la entidad de previsión a la cual se efectuaron aportes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**
- Según formato único de historia laboral obrante a folios 16 y 17 se tiene laboró como docente desde el 1.º de noviembre de 1996 como docente en el Departamento de Norte de Santander, fue nombrado a

¹⁴ F. 13.

través de Decreto 1095 de 1995 y continuaba laborando a la fecha de expedición del certificado el 7 de marzo de 2014.

- A folio 20 se aportó certificado expedido por la Secretaría de Educación de Norte de Santander según el cual en el año 2012 devengó asignación básica, prima de navidad y prima de vacaciones.
- A folio 32 obra certificado del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reitera que el demandante laboró como docente desde el 1.º de noviembre de 2005 como docente en el Departamento de Norte de Santander, fue nombrado a través de Decreto 1095 de 1995 y continuaba laborando a la fecha de expedición del certificado el 7 de marzo de 2014. Además agrega que laboró en la Institución Educativa Alejandro Humboldt en el municipio de Fortul desde el 31 de enero de 1990 hasta el 23 de noviembre de 1994, por 1732 días y que **«los Docentes que laboraron bajo el sistema de solución educativa, fueron vinculados bajo contrato de prestación de servicios, al tenor de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. Por tal razón, y en virtud de la forma de vinculación, le correspondía a cada docente pagar todo lo relacionado con su seguridad social integral, toda vez que entre el Departamento y los vinculados no existía (sic)».**

De las pruebas relacionadas advierte la Sala en primer lugar que no hay claridad frente a los periodos laborados a través de contratos de prestación de servicios por cuanto las certificaciones expedidas por el municipio de Fortul no indican ni identifican cada uno de los contratos suscritos, ni los extremos temporales de cada uno de ellos, sino que al contrario se refieren de manera general a su desempeño por el sistema de «solución educativa», a partir del 31 de enero de 1990, sin mencionar la fecha de finalización, situación que impide determinar con certeza los periodos laborados como docente, fechas de inicio y terminación para efectos de su computo en materia de pensión de jubilación, con lo que se concluye que hubo incumplimiento de la carga probatoria a cargo del demandante.

Sin embargo aprecia la Sala que el peticionario laboró como docente nombrado en propiedad en el mismo municipio de Fortul desde el 24 de noviembre de 1994 y hasta el 1.º de noviembre de 1995 y luego desde ese mismo día fue nombrado en

el departamento de Norte de Santander (1.º de noviembre de 1995) y se encontraba laborando a la fecha de expedición del acto administrativo demandado Oficio de 20 de septiembre de 2014 (f. 12), por lo que había laborado en total 19 años, 9 meses y 26 días a la fecha de expedición del acto demandado. Además en la certificación laboral de 7 de marzo de 2014 se **estableció que seguía vinculado a la institución**¹⁵.

En este sentido, aprecia la Sala que si bien a la fecha de expedición del acto demandado le faltaban por acreditar dos meses y medio de labores, se tiene que a la expedición del acto demandado y la certificación laboral, el señor Díaz Lizarazo continuaba vinculado a la entidad, información que no se desmintió en la contestación de la demanda que se presentó el 15 de marzo de 2015 (f. 77) por lo que es viable tener como laborado el citado tiempo faltante para el reconocimiento pensional, con lo que el estatus vino a cumplirse el **24 de noviembre de 2014**, fecha en la cual se consolidaron los requisitos de edad y tiempo de servicios.

Esto en aras de la prevalencia del derecho de acceso a la administración de justicia, el debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, artículos 29, 228 y 229 de la Constitución Política, frente a una persona de la tercera edad a quien imponerle la carga de volver a presentar la demanda para acceder al reconocimiento pensional constituye un desacierto que no se ajusta a los principios que rigen el Estado Social de Derecho.

En este sentido, la Corte Constitucional ha aclarado, que en los casos en los que el solicitante o afectado sea una persona de la tercera edad, implica por sí misma, el incremento de la vulnerabilidad del individuo¹⁶, frente a quienes las autoridades deben obrar, dadas sus condiciones de debilidad manifiesta, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protector, de tal

¹⁵ Ff. 17 - 19

¹⁶ En tal sentido la Corte dijo en la Sentencia T-668 de 2007, lo siguiente:

“...en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional –esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”.

forma que se materialice la intención del constituyente y se busque garantizar el goce de sus derechos constitucionales fundamentales.¹⁷

Para este caso, se encuentra probado que el demandante cuenta con más de 64 años¹⁸, por lo que no se compadece con los postulados constitucionales que imponen la protección de las personas de la tercera edad por parte del Estado, exigirle la presentación de un nuevo proceso ordinario para demandar el reconocimiento pensional. Como se dijo, tales usuarios de la justicia deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales, atendiendo el tiempo extenso que podría transcurrir la resolución de un nuevo conflicto ante la jurisdicción a través del trámite de un proceso ordinario promovido únicamente para acreditar un mes y medio de labor, cuando, como se dijo, en los certificados laborales se indicó que seguía laborando en el departamento de Norte de Santander como docente y por cuanto la entidad no refirió su desvinculación en la contestación.

Por esta razón, advierte la Sala que en este caso debe dar aplicación las reglas establecidas en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en tanto constituye precedente vinculante de obligatoria aplicación «para los casos que guardan identidad fáctica y que se encuentran pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, siempre que no se haya configurado el fenómeno de la cosa juzgada¹⁹, como sucede en el *sub judice*, dado que la providencia apelada no ha quedado ejecutoriada»²⁰.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el demandante tiene derecho a su reconocimiento pensional a luz de lo señalado por la Ley 33 de 1985, y las reglas de unificación dictadas por la Sección Segunda de esta Corporación en la sentencia citada *ut supra*, como son:

El derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1.º de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1.º de

¹⁷ Sentencia T-719 de 2003.

¹⁸ Como se aprecia de copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 31, que indica que el accionante nació el 17 de mayo de 1955.

¹⁹ Ver Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 25 de abril de 2019, Expediente: 680012333000201500569-01 (0935-2017), Demandante: Abadía Reynel Toloza, acápite «Efectos de la decisión».

²⁰ Sentencia de esta misma Subsección, de 6 de junio de 2019, con ponencia del Dr. Rafael Suárez Vargas, radicación número: 05001-23-33-000-2014-02096-01(5149-16. Actor: MARÍA OFELIA ÚSUGA PÉREZ.

enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- Edad: 55 años
- Tiempo de servicios: 20 años
- Tasa de remplazo: 75%
- Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.»**

Por lo anterior, se anulará el oficio 2014PQR27986 de 20 de septiembre de 2014²¹ y en su lugar se ordenará el reconocimiento pensional con base en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, en concordancia con lo dispuesto por la Ley 62 de 1985, con efectividad a partir del **24 de noviembre de 2014, fecha de adquisición del estatus pensional.**

Atendiendo a la deficiencia descriptiva de las certificaciones aportadas, se dispondrá que en caso de que en el último año de servicio, se hayan devengado y efectuado aportes sobre factores salariales contemplados en la Ley 62 de 1985, estos se incluirán en la liquidación pensional.

Los valores utilizados para tal efecto deberán ser actualizados a la fecha de la liquidación de la pensión. Así entonces, para efecto del ajuste de la condena, el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia dejada de percibir por el demandante por concepto de pensión de jubilación desde la fecha en que ésta se hizo exigible hasta la ejecutoria de la presente sentencia, con inclusión de los reajustes legales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se

²¹ Para determinar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes oficiales vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se tiene en cuenta los factores sobre los que se hubieran efectuado los aportes, de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, regla que se aplica al caso por cuanto el señor Carlos Isidro Díaz Lizarazo ingresó al servicio el 24 de noviembre de 1994. (f. 12).

ejecutoríe esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que se causó el derecho).

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, comenzando desde la fecha de su causación y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Finalmente se dirá que no se advierte la ocurrencia del fenómeno de la prescripción toda vez que la solicitud de reconocimiento pensional fue radicada el **28 de agosto de 2014** (como se indica a folio 12 en el Oficio SAC 2014 PQR27986 de 14 de septiembre de 2014).

En consecuencia, la sentencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander que negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

3.6. De la condena en costas²²

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho²³, los llamados en el CPACA gastos ordinarios del proceso²⁴ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

Atendiendo esa orientación, se impondrá condena en costas de ambas instancias a cargo de la entidad demandada toda vez que prosperó el recurso de apelación propuesto por el demandante a la luz de lo señalado por el artículo 365 del CGP, numeral 4.²⁵ Estas se liquidarán por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

²² Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

²³ Artículo 361 del Código General del Proceso.

²⁴ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

²⁵ « 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de 13 de mayo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por Carlos Isidro Díaz Lizarazo contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en esta providencia. En su lugar se dispone:

SEGUNDO.- DECLARAR LA NULIDAD del Oficio 2014PQR27986 de 20 de septiembre de 2014, a través del cual la entidad demandada le negó al señor Carlos Isidro Díaz Lizarazo el reconocimiento de la pensión de jubilación, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

TERCERO.- CONDENAR a la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar la pensión de jubilación al señor Carlos Isidro Díaz Lizarazo, de acuerdo a lo señalado por las Leyes 33 y 62 de 1985. Para el cálculo del monto pensional, la tasa de reemplazo corresponderá al 75% y el IBL al promedio de lo devengado en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional, dineros que serán actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, con efectividad a partir del **24 de noviembre de 2014, fecha de adquisición del estatus pensional**. En caso de que en el año anterior a la adquisición del estatus pensional se hayan devengado y efectuado aportes sobre factores salariales contemplados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985, estos se incluirán en la liquidación pensional, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de ésta providencia.

CUARTO.- Las sumas que se paguen en favor de Carlos Isidro Díaz Lizarazo, se actualizarán en la forma como se indica en la parte considerativa, a la fecha de la liquidación de la sentencia, de acuerdo al régimen general y se aplicarán sobre las mismas los reajustes de ley.

QUINTO.- La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO.- Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- CONDENAR EN COSTAS de ambas instancias a la entidad demandada, según las consideraciones expresadas en este fallo. Líquidense por por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

OCTAVO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI» y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS