



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 15001-23-33-000-2019-00103-01 (3083-2022)
Demandante: CÉSAR EDUARDO MARTÍNEZ CUEVAS
Demandada: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO¹

Temas: Reconocimiento de pensión de jubilación por aportes de docente oficial. Aplicación integral de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Ingreso base de liquidación conforme a las previsiones de la Ley 71 de 1988 y en atención a la calidad especial de educador estatal.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-002-2023

ASUNTO

Decide la Subsección los recursos de apelación formulados por las partes demandante y demandada contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2022 por el Tribunal Administrativo de Boyacá que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor César Eduardo Martínez Cuevas en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011², formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones³

1. Declarar la nulidad de la Resolución 008841 del 23 de octubre de 2018 por medio del cual la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

¹ En adelante FNPSM.

² «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.

³ Ver expediente digital obrante en el primer renglón, índice 2 del registro en SAMAI.



Magisterio, negó la petición de reconocimiento pensional presentada por el demandante el 6 de septiembre de 2018.

2. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la autoridad demandada a reconocer y pagar a favor del libelista una pensión de jubilación por aportes equivalente al 75% de los salarios y primas recibidas a favor de aquel durante el último año anterior a la adquisición de su estatus jurídico, es decir, con efectividad desde el 2 de diciembre de 2014 cuando cumplió 60 años de edad y 1.000 semanas de cotización, ello sin exigir la demostración del retiro definitivo del servicio en razón de la compatibilidad de dicha prestación con el salario como educador oficial.
3. Conminar a la parte pasiva del litigio al pago de las mesadas atrasadas a partir del momento de la consolidación del derecho hasta cuando el demandante sea incluido en nómina.
4. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA en cuanto a la actualización monetaria de los valores a cancelar, reconocimiento de intereses moratorios, y finalmente, que se condene en costas a la entidad demandada.

Supuestos fácticos relevantes de la demanda⁴

1. El señor César Eduardo Martínez Cuevas nació el 15 de noviembre de 1952. Durante su vida laboral realizó cotizaciones al extinto ISS (hoy Colpensiones) para un total acumulado de 322,43 semanas.
2. El demandante ejerció labores como docente al servicio de las secretarías de educación de los municipios de Jenesano y Samacá desde el 2 de agosto de 1989 a través de órdenes de prestación de servicios. Posteriormente, aquel fue nombrado en provisionalidad como educador oficial del departamento de Boyacá a partir del 15 de marzo de 2004, y al menos, a la fecha de presentación de la demanda (30 de noviembre de 2018), este continuaba en desempeño de dicho cargo.
3. El libelista solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación el 6 de septiembre de 2018 ante la Secretaría de Educación Departamental de Boyacá. Esta entidad negó tal petición a través de la Resolución 008841 del 23 de octubre de 2018, pues exigió la acreditación de más de 1.300 semanas y la demostración del retiro definitivo del servicio para conceder la prestación.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»⁵, porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al

⁴ *Idem.*

⁵ Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).



precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por los sujetos procesales se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Fecha de la audiencia inicial: 20 de noviembre de 2020.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

No se emitió pronunciamiento respecto de estos medios de defensa puesto que no fueron planteados en tal sentido por la entidad demandada.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] 1. El problema jurídico se contrae a determinar si le asiste razón a la parte demandante en que debe declararse la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No 008841 del 23 de octubre de 2018 proferida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la cual negó al demandante el reconocimiento de la pensión por aportes de que trata el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, o si por el contrario, le asiste razón a la demandada cuando afirma que como el demandante fue vinculado al servicio educativo oficial con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, el reconocimiento pensional debe realizarse conforme a las previsiones de la Ley 100 de 1993.

2. En caso de accederse a la declaratoria de nulidad pedida por la (sic) demandante, debe establecerse si es procedente reconocer al demandante la pensión por aportes de que trata la referida norma en cuantía del 75% de los salarios y primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status que se dio el 2 de diciembre de 2014, cuando el demandante cumplió 60 años de edad y 1000 semanas de cotización.

3. En caso de acceder a las referidas pretensiones, deberá determinarse si el reconocimiento de dicho derecho impone el retiro definitivo del cargo por parte del demandante o si por el contrario, dicho reconocimiento es compatible con el salario percibido como docente oficial. [...]». (Ver expediente digital obrante en el índice 2 del registro en SAMAI).

SENTENCIA APELADA⁶

El *a quo* profirió sentencia escrita el 26 de enero de 2022 por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones del demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el tribunal expuso que el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 22 de enero de 2015 señaló que la actividad docente, aunque no tenga un vínculo laboral directo con alguna entidad pública, debe tenerse en cuenta para efectos pensionales, tesis que acogió en la medida en que el legislador ha consagrado en las nuevas concepciones subjetivas y

⁶ Ver expediente digital obrante en el primer renglón, índice 2 del registro en SAMAI.



adjetivas, la importancia de la jurisprudencia como fuente material del derecho, y la fuerza vinculante que esta debe tener cuando se trata de una sentencia que unifica decisiones judiciales, pues en ella se interpreta el sentido práctico de la ley.

Seguidamente planteó que conforme a esta línea jurisprudencial, la determinación del régimen a aplicar en el caso de los docentes lo define la fecha en que el educador hubiese ingresado al servicio del Magisterio, puntualmente, indicó que si este lo hizo antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, deberá aplicarse el contenido en la Ley 33 de 1985 o en la Ley 71 de 1988 según los presupuestos fácticos que acredite el reclamante, y si lo hizo con posterioridad a la primera ley en comento, se deberán tener en cuenta las previsiones de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Añadió que los tiempos servidos a la docencia oficial mediante contratos de prestación de servicios deben computarse para efectos del reconocimiento pensional, y si fueron anteriores a la Ley 812 de 2003 deben ser tenidos en cuenta para conservar el régimen anterior, por cuanto el requisito fijado para el efecto, es haber estado vinculado al servicio educativo oficial con anterioridad a su vigencia, como en efecto sucede en el caso de la relación contractual por OPS.

Frente a la situación particular del libelista adujo que este fue vinculado al servicio de la educación oficial con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, pues si bien el vínculo legal y reglamentario con el Magisterio ocurrió a partir del 15 de marzo de 2004 con los nombramientos provisionales, conforme a los pronunciamientos de unificación expedidos al interior de los procesos radicados 0775-2014 y 0088-15, los servicios prestados como maestro oficial bajo los contratos de prestación de servicios deben tenerse en cuenta para efectos pensionales.

Precisó además que según se extrae de la providencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Tunja el 28 de junio de 2017 y allegada dentro del expediente administrativo del demandante, esa autoridad judicial declaró la relación laboral entre el municipio de Samacá y el señor César Eduardo Martínez Cuevas desde el año 1992 hasta el año 2002, para lo cual ordenó a aquella entidad territorial la consignación de los aportes pensionales a Colpensiones, orden que fue cumplida según se evidencia en las pruebas relacionadas anteriormente y en el cuadro en que se sintetizó la historia laboral del libelista por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por lo anterior, sostuvo que el régimen pensional que cobija al docente es el anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003, que en principio sería el contenido en la Ley 33 de 1985. Sin embargo, dado que el reclamante en este caso cuenta con cotizaciones efectuadas al antiguo ISS hoy Colpensiones, es procedente realizar el reconocimiento prestacional por aportes de que trata la Ley 71 de 1988, toda vez que aquel cuenta con 20 años de servicio y más de 60 años de edad. Aunado a ello manifestó que conforme a lo previsto en el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al que le compete el reconocimiento del derecho en mención.



Con base en lo expuesto señaló que la pensión debe liquidarse sobre el 75% de la asignación básica y la bonificación mensual docente devengados por el demandante durante el año anterior a la adquisición del status pensional, sin exigir el retiro del servicio docente conforme lo previsto en los artículos 5.º del Decreto 224 de 1992 y 70 del Decreto 2277 de 1979, los cuales concibieron que el goce de dicha prerrogativa no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes, es decir, permite a tales servidores percibir ambos conceptos simultáneamente.

Frente a la verificación del fenómeno de la prescripción de mesadas, expuso que no hay lugar a decretarla, toda vez que la exigibilidad del derecho pensional se dio a partir del 25 de febrero de 2018, mientras que la petición de reconocimiento se presentó el 6 de septiembre de 2018, es decir, cuando no habían transcurrido más de tres años entre el primer y el segundo evento como lo contempla el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Acorde con los anteriores razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia que en su parte resolutive se resume de la siguiente manera: i) declaró la nulidad del acto administrativo cuestionado; ii) ordenó a la entidad demandada a título de restablecimiento del derecho, reconocer a favor del señor Martínez Cuevas la pensión de jubilación bajo los preceptos de la Ley 71 de 1988, calculada con el 75% del promedio de la asignación básica y la bonificación mensual percibidas durante el año anterior a la adquisición del estatus jurídico pensional, con efectividad desde el 25 de febrero de 2018 y sin exigir el retiro definitivo del servicio; y iii) condenó a la parte pasiva a pagar los montos adeudados al libelista de manera indexada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Parte demandante⁷: formuló recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente. Solicitó que esta sea revocada de forma parcial, a fin de modificar la fecha de efectividad de la prestación reconocida.

Sobre el punto adujo que contrario a lo manifestado por el *a quo*, al 13 de febrero de 2020 el tiempo laborado por el libelista era de 27 años, 2 meses y 7 días, al punto de que la fecha en que completó 7.200 días laborados o 20 años de servicio, fue el 30 de diciembre de 2012 cuando efectivamente adquirió el estatus jurídico pensional, ello habida cuenta de que el señor Martínez Cuevas cumplió 60 años el 15 de noviembre de 2012, es decir, cuando aún le hacía falta colmar la exigencia del tiempo de labor oficial.

Asimismo señaló que la reclamación administrativa fue radicada ante la entidad territorial demandada el 4 de septiembre de 2018, por lo que operaría la prescripción de las mesadas causadas antes del 4 de septiembre de 2015, data que correspondería a la fecha desde cuando se deberán reconocer las mesadas pensionales atrasadas a la parte activa.

Por último aseveró que la liquidación de la pensión debía efectuarse con base en los factores de la asignación básica y horas extras, ello conforme a la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de abril de 2019 en desarrollo del proceso con radicación 680012333000201500569-01.

⁷ *Idem*.



Parte demandada⁸: interpuso recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia en orden de que esta sea revocada y en su lugar se denieguen los pedimentos del libelista.

Esgrimió inicialmente que contrario a lo que aduce la parte demandante, del material probatorio practicado en la actuación se encuentra plenamente acreditado que el señor Martínez Cuevas se vinculó como docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, al punto de que su régimen pensional corresponde al de prima media fijado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, es decir, en atención a los requisitos previstos en dicha normativa, con excepción de la edad de pensión de vejez que es de 57 años para hombres y mujeres. Sobre el punto resaltó que lo propio fue desarrollado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019.

Acotó que el docente reclamante adujo que aquel inicialmente fue vinculado como educador oficial a través de sendas órdenes de prestación de servicios suscritas con la Secretaría de Educación de Boyacá, las cuales podían ser desvirtuadas cuando se demostrara la subordinación o dependencia ante el empleador. Sin embargo, afirmó que el señor Martínez Cuevas no probó la ocurrencia o configuración de un contrato realidad, mediante el cual se haya desvirtuado la autonomía e independencia que confluyen en un contrato de prestación de servicios, por lo que, no ha surgido para la administración el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, por cuanto para el caso *sub examine* la parte activa no ha perseguido dicha pretensión y por lo tanto debe considerarse solo como contratista, pues su relación legal y reglamentaria solo tuvo lugar desde el año 2004.

Con base en lo anterior, sobre la pensión de jubilación por aportes, señaló que esta se reconoce por la sumatoria de tiempos acumulados a entidades de previsión social ya sean públicas o privadas, siempre que sea necesario para completar el total del lapso de servicio en uno u otro régimen. De lo expuesto, dedujo que no hay lugar a reconocer la prestación debatida en favor del libelista, por cuanto, si bien este podía cumplir los requisitos para ser titular del aludido derecho previsto en la Ley 71 de 1988, lo cierto es que aquel no era beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

SOBRE LA ETAPA DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Una vez presentados los recursos de apelación por ambas partes, al estar dentro del término procesal correspondiente, el Despacho ponente mediante auto del 28 de junio de 2022 admitió dichas impugnaciones y, en concordancia con el artículo 212 del CPACA y el ordinal 5.º del artículo 67 de la Ley 2080 de 2021 a través del cual se modificó el artículo 247 del CPACA, dispuso que por Secretaría, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la mencionada providencia, pasara el expediente al Despacho para dictar sentencia, salvo que las partes presentaran solicitud probatoria.

⁸ *Idem.*



En cumplimiento de lo anterior y en atención a la constancia del 20 de octubre de 2022, proferida por la Secretaría visible en el índice 13 del registro en SAMAI, en la cual se indicó que no hubo solicitud de pruebas, se procede a decidir de fondo el asunto.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia resolverá sin limitaciones cuando las partes hayan controvertido la totalidad de la sentencia, tal como sucede en el presente caso.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

¿Al señor César Eduardo Martínez Cuevas en su calidad de docente oficial con acumulación de aportes del sector público y privado, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello conforme a la Ley 71 de 1988 en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus jurídico respectivo y con efectividad a partir de tal fecha sin condicionar su goce al retiro definitivo del servicio?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: debido a la condición especial de docente oficial que detenta el demandante, resulta aplicable a su caso de reconocimiento pensional la sentencia de unificación dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, por lo que le asiste el derecho a que el FNPSM le otorgue y pague una pensión de jubilación de conformidad con los preceptos de la Ley 71 de 1988, con inclusión solo de los factores sobre los cuales se hubiesen efectuado aportes, y sin condicionamiento a la demostración del retiro definitivo del servicio, ello como se explica a continuación:

➤ La calidad de docente oficial del demandante

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que con base en el litigio como fue fijado y el sustento argumentativo del recurso de apelación de la parte activa, se infiere que esta instó el reconocimiento de la pensión de jubilación con fundamento en la Ley 71 de 1988.

Dicha posición jurídica la asumió en el entendido de que a lo largo de su historia laboral, aquel realizó cotizaciones al entonces ISS (hoy Colpensiones), provenientes de órdenes de prestación de servicio celebrados con los municipios de Jenesano y Samacá, a través de las cuales prestaba su servicio como maestro para la respectiva Secretaría de Educación. Igualmente indicó que efectuó aportes al Fondo Nacional de Prestaciones



Sociales del Magisterio en razón de su vinculación legal y reglamentaria como docente oficial del departamento de Boyacá.

Pues bien, sobre el particular la parte demandada esgrime que el nombramiento formal del libelista como docente del magisterio oficial, solo ocurrió hasta el 15 de marzo de 2004 conforme al Decreto 166 del 25 de febrero del mismo año. Empero, el señor César Eduardo Martínez Cuevas aduce que a pesar de este hecho, lo cierto es que el desempeño de sus funciones como educador en las instituciones educativas públicas de la Secretaría de Educación de los municipios de Jenesano y Samacá, tuvo lugar desde el 2 de agosto de 1989 en razón de múltiples contratos de prestación de servicios para ejercer la labor de maestro estatal.

Ahora, con base en estas dos posturas factuales del litigio, resulta evidente que la entredicha condición de docente estatal, debe ser validada en esta oportunidad, pues en atención a la data a partir de la cual se asuma dicha calidad se podrá realizar el análisis pensional adecuado con motivo de la excepcionalidad que se predica de esta clase de servidores públicos.

No obstante, para ello es indispensable verificar que en efecto el demandante en el presente caso, funge o se ha desempeñado como educador al servicio del Estado. Del material probatorio practicado en el *sub examine* se destaca el siguiente a efectos de determinar lo anunciado:

- i) En los formatos únicos para la expedición de certificado de historia laboral expedidos por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá el 5 de diciembre de 2018, se observa que el demandante laboró al servicio del municipio de Jenesano a través de sendas órdenes de prestación de servicios ejecutadas en los siguientes períodos: i) del 2 de agosto al 30 de noviembre de 1989, ii) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1990, y iii) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1991. (Ver expediente digital obrante en el índice 2 del registro en SAMAI).
- ii) Según el acta de audiencia inicial celebrada por el Juzgado Tercero Administrativo de Tunja el 28 de junio de 2017 en el proceso 2016-00014, promovido por el señor César Eduardo Martínez Cuevas contra el municipio de Samacá, es claro que dicha entidad territorial se obligó a efectuar aportes a pensión ante Colpensiones por la relación laboral encubierta entre ambos, cuya existencia se declaró en el proceso 2003-3483, esto por los siguientes períodos en los que el reclamante se desempeñó como docente contratado por órdenes de prestación de servicios, así: i) 1.º de septiembre a 30 de noviembre de 1992, ii) 1.º de febrero a 31 de mayo de 1993, iii) 1.º de junio a 31 de agosto de 1993, iv) 1.º de septiembre a 30 de noviembre de 1993, v) 17 de marzo a 30 de noviembre de 1994, vi) 23 de enero a 30 de abril de 1995, y vii) 1.º a 30 de mayo de 1995. (Ver expediente digital obrante en el índice 2 del registro en SAMAI).
- iii) Obra constancia suscrita el 13 de junio de 2003 por el director del núcleo educativo del municipio de Samacá, en la que expresamente se reconoce que: «[...] el profesor CÉSAR EDUARDO MARTÍNEZ CUEVAS, identificado con C.C. Nro. 6.756.058 de Tunja, laboró como docente mediante sucesivas Órdenes de Prestación de Servicios en este Municipio en las siguientes Instituciones y Períodos:



Del 1 de Septiembre de 1992 al 11 de Febrero de 1996 en el Colegio Nacionalizado.

Del 12 de Febrero de 1996 al 31 de Diciembre de 2002 en el Colegio LA LIBERTAD. [...]». (Ver expediente digital obrante en el índice 2 del registro en SAMAI).

- iv) Formato único para la expedición de certificado de historia laboral emitido el 12 de febrero de 2021 por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, en el que se indica que el libelista fungió como docente a través de orden de prestación de servicios vigente desde el 18 de febrero hasta el 12 de diciembre de 2003. (Ver expediente digital obrante en el índice 2 del registro en SAMAI).
- v) Formato único para la expedición de certificado de historia laboral emitido el 12 de febrero de 2021 por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá del cual se extrae que el docente reclamante fue vinculado en provisionalidad como maestro estatal desde el 15 de marzo de 2004 conforme al Decreto 166 del 25 de febrero de 2004, y ha ejercido como tal al menos hasta la fecha de expedición de aquel documento. (Ver expediente digital obrante en el índice 2 del registro en SAMAI)

A partir de lo expuesto, se observa en el *sub examine* que el libelista se ha desempeñado como docente en instituciones educativas de los municipios de Jenesano y Samacá, así como del departamento de Boyacá en los siguientes períodos: i) del 2 de agosto al 30 de noviembre de 1989, ii) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1990, iii) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1991, iv) del 1.º de septiembre de 1992 al 11 de febrero de 1996, iv) del 12 de febrero de 1996 al 31 de diciembre de 2002, y v) del 18 de febrero al 12 de diciembre de 2003. Estas vinculaciones concretadas a través de sendas órdenes de prestación de servicios con objetos de cumplimiento de funciones de enseñanza oficial.

Por otro lado, se destaca que el demandante igualmente ha ejercido labores como servidor público en calidad de docente oficial al servicio del departamento de Boyacá, luego de ser nombrado en provisionalidad en el lapso comprendido entre el 15 de marzo de 2004, y al menos, conforme al formato único para la expedición de certificado de historia laboral, hasta la fecha de su expedición correspondiente al 12 de febrero de 2021. Por lo anterior, durante estos últimos períodos no existe duda de la existencia de una vinculación legal y reglamentaria con el Estado como educador de este.

Ahora, si bien no se niega la existencia de contratos de prestación de servicios del demandante con las mentadas entidades territoriales, lo cierto es que tal hecho de ninguna manera implica asumir que la calidad de sus actividades fue otra diferente a la de un docente oficial propiamente dicho, esto al margen de que los efectos jurídicos en cuanto a la relación laboral no se hayan configurado en su momento.

Lo expuesto implica que sin perjuicio del vínculo contractual existente en los lapsos aludidos, y sin que en esta sentencia se emita pronunciamiento sobre una eventual declaratoria de existencia de una relación laboral para aquella época, sí debe entenderse que el señor Martínez Cuevas ejerció funciones



propias e inherentes a la condición de docente estatal en cada uno de sus interregnos de ejecución.

Adicionalmente, esta conclusión halla respaldo en la sentencia de unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado⁹, en la cual se precisó 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 trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado. [...]».

A partir de este razonamiento, se deduce preliminarmente que ante casos en los que se avizora el desempeño de actividades y funciones como docente, fundada en vínculos contractuales con entidades de derecho público o a su servicio, es posible tener por configurados los tres elementos constitutivos de una relación laboral, con fundamento en que la misma naturaleza de la actividad desarrollada por un educador, hace que esta sea necesariamente personal, remunerada y sometida a reglamentaciones, instrucciones y lineamientos de obligatorio cumplimiento.

Esto en la medida en que la educación es un servicio público esencial regulado por directrices imperativas inherentes a la ejecución de una política pública. Lo anterior se asegura sin perjuicio de la carga probatoria que le corresponde al docente para «[...] demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta [...]»¹⁰.

A manera de colofón de estas precisiones, la Subsección encuentra ajustada a la realidad jurídica y jurisprudencial del caso, el tener como demostrada a favor del libelista la prestación de servicios propios de un docente oficial por el tiempo que se ejecutaron los contratos respectivos celebrados entre aquel y los municipios de Jenesano y Samacá, así como con el departamento de Boyacá. Ello en atención a que los mentados vínculos contractuales, en esencia lo que consolidaron fue una relación laboral subrepticia que implica tener en cuenta su vigencia para efectos de acumular ese lapso al período de labores del demandante como educador estatal, y por ende que se deriven las consecuencias, que en lo que respecta al marco normativo aplicable le correspondían en virtud de dicha calidad, tal como fue deprecado en la demanda.

No obstante, debe resaltarse que tanto las pretensiones formuladas, así como el litigio fijado, limitaron los efectos de la referida situación, solo a los impactos que en lo atinente al derecho a la pensión conlleva esta evidencia de una relación laboral oculta, y no al reconocimiento de otro tipo de prestaciones o derechos derivados de un vínculo laboral asimilable al legal y reglamentario

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. Sentencia de Unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016. Rad.: 23001233300020130026001 (00882015).

¹⁰ *Ídem*.



que detentan los docentes oficiales, pues ello no había sido materia de discusión.

En suma, para el caso *sub iudice*, las referidas consideraciones únicamente implican tener el período durante el cual subsistió la enervada relación contractual, como tiempo de servicio efectivamente laborado y acumulable en materia de acreditación de requisitos para acceder al reconocimiento de una pensión de jubilación por parte del señor Martínez Cuevas, sobre el cual efectivamente debieron efectuarse las respectivas cotizaciones.

Lo expuesto también ha sido materia de pronunciamiento por parte de esta Sala con base en las consideraciones esbozadas, específicamente para casos de reconocimiento¹¹ y de reliquidación pensional¹², que fueron analizados bajo los mismos supuestos del *sub examine*, relacionados con varios docentes que se desempeñaron como tal a través de contratos de prestación de servicios.

Conforme a este entendido, se estima que, para la solución jurídica del presente caso, deben aplicarse los postulados a título de reglas previstos en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019¹³, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual pese a relacionarse concretamente con el ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados al FNPSM, resulta útil en cuanto a las previsiones normativas sobre requisitos y condiciones jurídicas para acceder y consolidar el derecho prestacional propiamente dicho.

➤ **Sobre la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019**

Al respecto se recuerda que la providencia en comento fue dictada por la Sección Segunda de esta Corporación, con el fin de sentar jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FNPSM, específicamente en cuanto a la aplicación de la subregla fijada en la sentencia igualmente de unificación del 28 de agosto de 2018 acerca de los factores salariales a incluir y en lo atinente a los regímenes existentes para tales educadores en virtud de las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003.

Empero, al verificar las reglas jurisprudenciales planteadas en aquella providencia, es dable considerar que esta también desarrolló postulados claros y de obligatoria observancia sobre los regímenes pensionales aplicables a los docentes en atención a la fecha de vinculación al magisterio oficial, debido a la expedición de la Ley 812 de 2003.

Pues bien, la determinación de tal punto es esencial en el *sub iudice*, habida cuenta de que al hallar el marco normativo que rige la situación particular del demandante, es posible verificar el cumplimiento de requisitos y condiciones

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencias del 11 de febrero de 2021 dictadas en los procesos con radicados: 81001-23-33-000-2013-00079-01 (4021-2014) y 81001-23-33-000-2013-00005-01 (4114-2014); así como en providencia del 18 de febrero de 2021 proferida en el proceso con radicado: 81001-23-33-000-2013-00012-02 (4163-2014).

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 18 de noviembre de 2020. Radicado: 66001-23-33-000-2016-00082-01 (4676-2017).

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019. Radicado: 680012333000201500569-01 (0935-2017).



para estimar la procedencia o no del derecho pensional reclamado y sus elementos constitutivos.

Acerca de los efectos de esta decisión, es válido anotar que la misma sentencia los contempló de manera retrospectiva según su ordinal segundo de la parte resolutoria, ello a fin de que se extendieran a todas las situaciones pendientes de definición jurídica que no hayan sido objeto de consolidación del fenómeno de cosa juzgada, por lo que claramente es pertinente y necesario su estudio y sometimiento para resolver el asunto *sub lite*.

Ahora, en concreto, se resalta que a lo largo del proveído aludido, el Consejo de Estado precisó que de acuerdo con el parágrafo transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes oficiales tanto nacionales, nacionalizados y territoriales, cuya aplicación está condicionada a la fecha de ingreso al servicio educativo estatal, así:

i) Los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, quienes, en virtud de la Ley 91 de 1989, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985 y los factores que se deben tener en cuenta en el ingreso base de liquidación, son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985.

Al respecto, la mencionada providencia fijó 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. [...]» (Negrilla del texto original).

Así, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1.º de enero de 1981 tanto nacionales como nacionalizados, y de los nombrados a partir del 1.º de enero de 1990 pero en todo caso antes del 27 de junio de 2003 cuando entró a regir la Ley 812 de 2003, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- Edad: 55 años para hombres y mujeres
- Tiempo de servicios: 20 años
- Tasa de remplazo: 75%.
- Ingreso Base de Liquidación: Que comprende i) el período del último año anterior a la adquisición del estatus 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.



ii) A 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, aplica el régimen pensional de prima media regulado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, esto con los requisitos previstos en dicha reglamentación, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Para este personal, el ingreso base de liquidación se rige por lo previsto en la Ley 100 de 1993, con los factores señalados por el Decreto 1158 de 1994, sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Sobre este grupo de docentes la sentencia de unificación fijó la siguiente regla:

«[...] 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, les aplica 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. 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. [...]» (Negrilla conforme a la transcripción).

En ese orden, los parámetros que se deben atender para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes oficiales vinculados con posterioridad a la Ley 812 de 2003, son los siguientes:

- Edad: 57 años para hombres y mujeres
- Semanas de cotización: Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por artículo 9 de la Ley 797 de 2003
- Tasa de remplazo: 65%-85%¹⁴
- Ingreso Base de Liquidación: Comprende i) El promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión y ii) los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica, cuando sea factor de salario, primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, bonificación por servicios prestados, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.

En suma, se colige que la aplicación de uno u otro régimen está condicionada a la primera fecha de vinculación al servicio educativo oficial que acredite cada docente. Para el asunto de marras, tal como se expuso en el acápite referente a la condición de educador estatal del libelista, este debe ser considerado como tal desde el 2 de agosto de 1989 cuando ejerció funciones inherentes a la mentada profesión para el municipio de Jenesano, ello a través de órdenes de prestación de servicios que comenzaron su ejecución desde dicha data conforme a la certificación laboral emitida por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, la cual en todo caso es anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003).

De este modo, conforme a las reglas jurisprudenciales precisadas hasta este punto, el marco normativo aplicable a la situación jurídica del señor Martínez

¹⁴ Los porcentajes varían de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.



Cuevas para determinar el derecho prestacional debatido, sería en un primer acercamiento, el consagrado en la Ley 33 de 1985. Empero, debe tenerse en cuenta el hecho de que el libelista alega la realización de aportes como independiente al entonces ISS derivados de sus vínculos contractuales con las referidas autoridades territoriales, así como los generados en el sector público ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por su nombramiento oficial como docente, ello a fin de acreditar el tiempo de servicio requerido, situación que distorsiona el ajuste de la mentada norma al caso *sub lite*.

Acerca de este postulado y como se vislumbra de lo expuesto con antelación, la sentencia unificadora aludida solo desarrolló la determinación de los regímenes para los casos de docentes oficiales cuyo tiempo de servicio hubiese sido prestado únicamente en el sector público y cotizado exclusivamente al FNPSM. No obstante, dicha providencia se abstuvo de plantear el supuesto cuando, por ejemplo como sucede en el *sub iudice*, el educador también tiene acumulados tiempos cotizados como contratista y aportados a otra administradora como lo era el entonces ISS (hoy Colpensiones).

Para esta clase de eventos, la normativa aplicable necesariamente correspondía a la Ley 71 de 1988 que regulaba lo propio en lo que respecta a la denominada «pensión por aportes» y no la Ley 33 de 1985.

Empero, sin perjuicio de lo anterior, la Subsección advierte que la falta de pronunciamiento expreso en la sentencia de unificación bajo estudio, no implica que aquella no pueda aplicarse o que deba resolverse el caso sin su observancia. Esta situación lo que conlleva es el planteamiento de un ejercicio hermenéutico sistemático y teleológico que concite tanto el marco normativo que rige lo propio como los lineamientos jurisprudenciales existentes sobre la materia, a fin de articular de manera coherente, posturas jurídicas que permitan resolver el problema jurídico planteado.

Este presupuesto interpretativo ya ha sido aplicado para resolver procesos de reconocimiento y reliquidación pensional con base en la Ley 71 de 1988, pero con sujeción de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 que desarrollaba fundamentos sobre la base de la Ley 33 de 1985.

Al respecto se destacan las sentencias de esta Subsección¹⁵ que en los asuntos en comento han precisado lo siguiente:

«[...] Por otro lado, es pertinente aclarar que si bien en la precitada sentencia de unificación la Sala Plena hizo alusión a los parámetros de aplicación del régimen pensional previsto por la Ley 33 de 1985, no es menos cierto que dicho régimen no era el único reglamentado para los servidores públicos o trabajadores oficiales que fueran beneficiarios de la transición, pues antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, también se encontraban contempladas, verbi gracia, los postulados consagrados en la Ley 71 de 1988, los cuales fueron previstos por el legislador para quienes acumularon tiempo de servicio al sector oficial y al sector privado, y en ese sentido, precisó que tenían derecho a la pensión quienes acreditaran 20 años de aportes en

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencias del 27 de agosto de 2020 (Rad.: 25000-23-42-000-2015-01757-01 (2315-2018)) y del 30 de enero de 2020 (Rad.: 08001233300020140119901 (2751-2017)).



cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, siempre que cumplieran 60 años en el caso de los hombres y 55 años si son mujeres.

Aunado a ello, se tiene que el Decreto 2709 de 1994, reglamentario del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, indicó en su artículo 6.º que: «[...] El salario base para la liquidación de las pensiones por aportes, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. [...]».

En consecuencia, la Subsección considera que las reglas de unificación también deben aplicarse a los beneficiarios de la pensión por aportes que a su vez están inmersos en el régimen transición [...]»

Bajo este contexto, encuentra la Sala que para los casos de docentes con acumulación de aportes al ISS al igual que al FNPSM como es el de la parte activa, la regla jurisprudencial de la sentencia de unificación relativa al régimen pensional aplicable a tales servidores, vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, sería la Ley 71 de 1988. Esta última para permitir el cómputo de los tiempos cotizados ante la actual Administradora Colombiana de Pensiones y a la vez al aludido fondo, esto a fin de acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación. La aludida Ley 71 de 1988 previó para el referido efecto en su artículo 11 una integración normativa en materia pensional para los empleados del sector público y privado que se hicieran titulares de dicha prestación, a saber:

«Artículo 11 .- Esta ley y las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 4a. de 1976, 44 de 1980, 33 de 1985, 113 de 1985 y sus decretos reglamentarios, contienen los derechos mínimos en materia de pensiones y sustituciones pensionales y se aplicarán en favor de los afiliados de cualquier naturaleza de las entidades de previsión social, del sector público en todos sus niveles y de las normas aplicables a las entidades de Previsión Social del Sector privado, lo mismo que a las personas naturales y jurídicas, que reconozcan y paguen pensiones de jubilación, vejez e invalidez.»

Por lo expuesto, la aplicación de la Ley 71 de 1988 en los asuntos de docentes oficiales con acumulación de aportes en el sector privado o como contratistas independientes en su momento, que solicitan el reconocimiento o reliquidación de su pensión de jubilación, no modifica la posición adoptada por esta Alta Corte mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Para el caso de marras resulta necesario entonces remitirse a la mentada norma que complementa el régimen de pensiones, en el sentido de que esta permite el cómputo de las cotizaciones efectuadas por el trabajador cuando aquel hubiese laborado en entidades de orden público y privado con el propósito de acceder a dicho beneficio pensional. Lo anterior, en observancia de los requisitos de edad, tiempo y monto pensional previstos en la Ley 33 de 1985, como en efecto se consideró en la mentada providencia.

De ello, que el Sistema Integral de Seguridad Social no puede concebirse como un conjunto de postulados normativos aislados entre sí, pues aquel corresponde a una articulación de preceptos que atienden la constante transformación de las realidades sociales en las cuales interactúan sus afiliados. Como en efecto lo consideró la doctrina nacional especializada en la materia, el doctor Gerardo Arenas Monsalve en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para aquellos casos en que los trabajadores que se hicieron beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100



de 1993, pues si bien esta norma «[...] no constituye propiamente un régimen anterior; pero su aplicación por transición es válida e interesa, como se ha señalado con acierto, “a aquellas personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100, después de ésta, no reunían los requisitos para pensionarse con base en la Ley 33/85 o con el Decreto 758/90, esto es, que no tenían 20 años de servicio público, en el primer caso, ni quinientas semanas cotizadas al ISS en los últimos veinte años al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, en el segundo caso, pero que sumando los tiempos cotizados en ambos sectores, éstos arrojan no menos de veinte años de aportes [...]»¹⁶.

Aun con esta línea de intelección esbozada, es imperioso aclarar que tal como se contempló en la providencia objeto de referencia, los docentes a quienes les aplica este régimen anterior al 27 de junio de 2003¹⁷, se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por mandato del artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Por esa misma razón, aquellos no son beneficiarios del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y tampoco están sometidos a las condiciones que en materia de ingreso base de liquidación pensional desarrolló el artículo 21 *ibidem*.

En este sentido, al no resultar regentes para el caso de los aludidos educadores oficiales las previsiones que sobre el ingreso base de liquidación formuló la Ley 100 de 1993, evidentemente el período para la determinación de tal concepto no podría ser el correspondiente al del artículo 21 de la norma *ejusdem*, sino el previsto en la Ley 33 de 1985, tal como lo señaló la mentada sentencia de unificación, lo cual, además es concordante con las estipulaciones que sobre la materia previó la Ley 71 de 1988 (en este caso particular de pensión por acumulación de aportes)¹⁸, esto es, el señalado en el artículo 6.º del Decreto 2709 de 1994¹⁹ que indicó lo siguiente:

«Artículo 6º. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.»

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.» (Líneas fuera de texto).

Ahora bien, tal como se resaltó en la norma trasuntada, el período que debe tenerse en cuenta para calcular el IBL de la pensión por aportes es el del último año de servicios. Sin embargo, dicho presupuesto contempla la excepcionalidad legal que le sea propia, y por tal motivo, al verificar que el presente caso se trata de una pensión por aportes de un docente oficial, claramente se presenta una divergencia que atañe a que el período aludido es el del año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus jurídico pensional y no el de la última anualidad de labores.

16 Gerardo Arenas Monsalve. El régimen de transición pensional. En: derecho colombiano de la seguridad social, p. 293.

17 Fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

18 Esta conclusión ya fue advertida en sentencia de esta Subsección proferida el 18 de febrero de 2021 en un proceso de reliquidación pensional bajo el radicado: 25000-23-42-000-2013-06853-01 (4391-2014).

19 Reglamentario del artículo 7.º de la Ley 71 de 1988.



A este punto se arriba en la medida en que precisamente, la condición especial de los educadores estatales, implica que estos pueden percibir dos asignaciones del tesoro público como serían específicamente el salario y la pensión ordinaria de jubilación, tal como lo contempla el artículo 19, literal g) de la Ley 4.^a de 1992, así como el artículo 5.^o del Decreto 224 de 1992 y el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979.

Aquel planteamiento supone como lo señaló el *a quo*, que no era necesaria la demostración ante el FNPSM del retiro definitivo del servicio para hacer efectiva su prestación, pues a pesar de tratarse de una pensión por aportes prevista en la Ley 71 de 1988, la calidad de docente oficial es preponderante y genera la aplicación de previsiones excepcionales como esta.

En tal sentido, si una vez verificada la situación particular del libelista se encuentra que este es titular del derecho objeto de litigio como lo determinó el juez de primera instancia, efectivamente será necesario confirmar el fallo apelado en el sentido de que la efectividad de la prestación no puede condicionarse a la demostración de la terminación del vínculo legal y reglamentario, sino que sus efectos fiscales deben concretarse desde el mismo momento del cumplimiento del estatus jurídico pensional, ello por tratarse este caso particular de un docente que se encuentra legalmente exceptuado de la prohibición de percibir doble asignación del erario contenida en el artículo 128 Superior, según lo expuesto previamente.

Por último, en cuanto a los factores salariales a incluir en el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión por aportes a que tienen derecho los maestros oficiales con acumulación de cotizaciones del sector público y privado, debe señalarse que estos efectivamente corresponden únicamente a aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los descuentos respectivos, especialmente los que se encuentren enlistados en el artículo 1.^o de la Ley 62 de 1985.

Por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a estos, puesto que tal presupuesto fue objeto de definición de regla jurisprudencial de manera general en la sentencia de unificación objeto de estudio para esta clase de servidores, sin que por el hecho de consolidarse este caso en una pensión por aportes o por la condición de educadores ello pueda variar para contabilizar todos los emolumentos de tipo remunerativo que se hubiesen percibido.

➤ De la situación particular de la parte demandante

Con base en lo expuesto hasta este punto, se procede a aplicar las reglas de unificación al presente caso bajo las aclaraciones advertidas previamente, así:

REQUISITOS PENSIÓN DE JUBILACIÓN LEY 71 DE 1988		
«ARTÍCULO 7. ^o A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y	Tiempo de servicios: Cotizó al ISS (hoy Colpensiones) con aportes como docente contratista un total de 322,43 semanas ²⁰ , no obstante se certificó que tuvo	El demandante acreditó los requisitos para obtener la pensión de

²⁰ Este tiempo reportado corresponde al repartido como independiente, e igualmente como docente contratista de la Secretaría de Educación de los municipios de Jenesano y Samacá. Estas últimas vinculaciones con la referida autoridad corresponden a los lapsos durante los cuales se determinó que en efecto existió la prestación de servicios por parte del demandante como docente oficial, computables para efectos del reconocimiento de la pensión bajo dicha calidad. Lo anterior conforme al reporte de semanas cotizadas a Colpensiones visible en el expediente digital obrante en el índice 2 del registro en SAMAI.



<p>trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.»</p>	<p>vinculaciones como tal por aproximadamente 10 años y 4 meses, comprendidos por lapsos discontinuos de OPS ejecutadas entre el 14 de julio de 1989 y el 31 de diciembre de 2002.</p> <p>Del mismo modo, entre el 18 de febrero y el 12 de diciembre de 2003, así como desde el 15 de marzo de 2004²¹, el libelista ha efectuado aportes como afiliado al FNPSM, al menos hasta el 12 de febrero de 2021 (fecha del certificado de información laboral)²², para un acumulado de 17 años, 8 meses y 22 días por su servicio en el sector público como docente oficial bajo una relación legal y reglamentaria.</p> <p>El total del período acumulado por labores y cotizaciones en ambos sectores es de 28 años y 22 días, es decir, más de 20 años de aportes.</p> <p>Edad: Cumplió 60 años el 15 de noviembre de 2012, pues nació el 15 de noviembre de 1952²³.</p>	<p>jubilación prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, más de 20 años de aportes a pensión tanto al ISS como al FNPSM y 60 años de edad.</p>
PERÍODO PARA LIQUIDAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN		
<p>«Decreto 2709 de 1994 (regulatorio del artículo 7.º de la Ley 71 de 1988). Artículo 6º. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta</p>	<p>Consolidación del estatus pensional: corresponde al 3 de abril de 2013 cuando el libelista cumplió 20 años de aportes o cotizaciones efectuadas al ISS como contratista y como docente oficial vinculado al FNPSM. Se destaca en este punto que aquel acreditó 60 años de edad el 15 de noviembre de 2012, es decir, a esta data aún le faltaba colmar el requisito relativo al tiempo de las cotizaciones.²⁵</p>	<p>La pensión de jubilación se debe liquidar con el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el año anterior a la fecha de adquisición del estatus jurídico pensional,</p>

²¹ Fecha a partir de la cual el demandante fue nombrado en provisionalidad en el cargo de docente del departamento de Boyacá y vinculado al FNPSM según el formato único para la expedición del certificado de historia laboral de aquel visible en el expediente digital que obra en el índice 2 del registro en SAMAI.

²² Ver certificado de información laboral del 12 de febrero de 2021 adjunto en el expediente digital en mención.

²³ De acuerdo con la información de la copia de la cédula de ciudadanía que reposa en el expediente digital visible en el índice 2 del registro en SAMAI.

²⁵ Para el efecto se realizó un ejercicio de cómputo de días laborados y cotizados con base en los certificados de información laboral y el reporte de Colpensiones obrante en el expediente digital que reposa en el índice 2 del registro en SAMAI. Como se observa, fueron tenidas en cuanta las mismas fechas iniciales y finales tenidas en cuenta por el *a quo* y confirmadas por la parte activa en su recurso, de las cuales además no hay discusión por parte de las entidades demandadas. La siguiente es la tabla en mención:

Fecha inicial	Fecha final	Días
02/08/1989	30/11/1989	118
01/02/1990	30/11/1990	299
01/02/1991	30/11/1991	299
01/09/1992	30/11/1992	89
01/02/1993	31/05/1993	120
01/06/1993	03/08/1993	62
01/09/1993	30/11/1993	89
17/03/1994	30/11/1994	253
23/01/1995	30/04/1995	97
01/05/1995	30/05/1995	29
01/09/1995	31/12/1995	120
01/10/1996	30/11/1999	1139
01/01/2000	31/12/2000	360
01/02/2001	31/05/2001	120
01/07/2001	31/01/2002	210
01/03/2002	31/12/2002	300
18/02/2003	12/12/2003	294
15/03/2004	31/12/2005	646
27/02/2006	03/04/2013	2556
TOTAL		7200 DÍAS O 20 AÑOS



<p>pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, <u>salvo las excepciones contenidas en la ley</u>²⁴.</p> <p>Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.» (Subrayado fuera de texto).</p>		<p>esto es, del 3 de abril de 2012 al 3 de abril de 2013.</p>
FACTORES SALARIALES A INCLUIR EN LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y MONTO		
<p>«[...] 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 1985²⁶, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos 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.»</p> <p>Factores del artículo 1.º de la Ley 62 de 1985: a) asignación básica, b) gastos de representación; c) primas de antigüedad, d) técnica, ascensional y de capacitación; e) dominicales y feriados; f) horas extras; g) bonificación por servicios prestados; y h) trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.</p> <p>«Decreto 2709 de 1994 (regulatorio del artículo 7.º de la Ley 71 de 1988). Artículo 8º. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será</p>	<p>Factores devengados y cotizados²⁷ <u>asignación básica, horas extras</u>, prima de navidad y prima de vacaciones.</p> <p>Tasa de reemplazo aplicable: 75% del salario base de liquidación.</p>	<p>Los factores a incluir en el IBL son el salario o asignación básica mensual, más las horas extras. El monto de la pensión será el 75% de tales conceptos devengados en el año anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional.</p>

²⁴ Tal como se expuso anteriormente, para el caso de los docentes oficiales el período de liquidación de la pensión por aportes corresponde al año anterior a la fecha de adquisición del estatus jurídico respectivo.

²⁶ Entiéndase Ley 71 de 1988 para efectos del caso *sub examine*.

²⁷ Conforme a la certificación de salarios devengados por el demandante entre 2012 y 2013, emitido por la Secretaría de Educación de Boyacá el 12 de febrero de 2021, obrante en el expediente digital que reposa en el índice 2 del registro en SAMAI.



equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.».		
---	--	--

En resumen, el señor César Eduardo Martínez Cuevas en su calidad de docente oficial afiliado al FNPSM, con acumulación de aportes al ISS como contratista y al referido fondo como docente oficial con vinculación legal y reglamentaria, y además, con el ejercicio comprobado de dicha actividad como educador antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, acreditó los requisitos y condiciones para que le sea reconocida una pensión de jubilación ordinaria con base en los preceptos de la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 2709 de 1994, efectiva desde la fecha de adquisición del estatus jurídico respectivo y liquidada en un monto equivalente al 75% del IBL calculado con el promedio de la asignación básica y las horas extras devengadas durante el año anterior a la referida consolidación prestacional, es decir, del 3 de abril de 2012 al 3 de abril de 2013.

Pues bien, en el presente asunto se verifica que el libelista formuló petición de reconocimiento pensional el 6 de septiembre de 2018²⁸, frente a la cual la entidad demandada resolvió denegar tal solicitud mediante la Resolución 008841 del 23 de octubre de 2018²⁹, para lo cual planteó la siguiente motivación:

«[...] Que la Fiduprevisora "La Previsora" S.A. una vez realizó el estudio, niega el visto bueno para el reconocimiento de la prestación argumentando:

"ESTADO NEGADA

NO CUMPLE EL TIEMPO LABORADO

OBSERVACIONES:

SE INFORMA A LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN QUE NO ES POSIBLE TRAMITAR EL ESTUDIO DE LA PRESTACIÓN TODA VEZ QUE DOCENTE TIENE RÉGIMEN PENSIONAL LEY 100 DEBIDO A QUE SU POSESIÓN ES DE VIGENCIA DE LA LEY 812, ASÍ LAS COSAS SE DEBERA DE CUMPLIR DOS REQUISITOS OBTENER STATUS PENSIONAL EDAD: 57 AÑOS (sic). 1.300 SEMANAS O 9.100 DÍAS (ESTE REQUISITO NO SE CUMPLE DADO QUE A LA FECHA SOLO SE CUMPLEN 7437 POR LO QUE SE NIEGA LA PRESENTE PRESTACIÓN". [...])».
(Mayúscula sostenida conforme a la transcripción).

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que la parte pasiva consideró que la situación jurídica del libelista se regía por las condiciones del régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (modificada por la Ley 797 de 2003), tanto en los requisitos para consolidar el derecho como en lo relativo al cálculo del IBL, período y tasa de reemplazo para la fijación de la cuantía de la prestación. A esta conclusión arribó en la medida en que solo tuvo en

²⁸ Ver parte considerativa de la Resolución 008841 del 23 de octubre de 2018 en la que se especifica que esta fue la data de radicación de la solicitud de reconocimiento pensional. (Expediente digital obrante en el índice 2 del registro en SAMAI).

²⁹ *Idem*.



cuenta el vínculo oficial del demandante en el sector educativo ocurrido con posterioridad al 27 de junio de 2003, concretamente el 15 de marzo de 2004.

Pues bien, tal postura jurídica resulta ser inadecuada debido a que, como se mencionó líneas atrás, era necesario tener en cuenta la calidad especial de docente oficial que detenta el señor Martínez Cuevas para determinar el régimen que regula su caso. En virtud de esta circunstancia, la entidad demandada debió advertir que por la excepcionalidad que representa el hecho de que el libelista era educador estatal, aquel no podía ser sometido al régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y mucho menos a las previsiones generales de tal normativa, sino que por tener una vinculación anterior como maestro a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como lo fue desde el 2 de agosto de 1989, su derecho pensional debía consolidarse plenamente sobre la base de la Ley 71 de 1988.

Aunado a esto, tenía que asumirse que, con motivo del tratamiento diferencial en comento, el período de liquidación no era el último año de servicio sino la anualidad anterior a la adquisición del estatus respectivo, toda vez que el apelante podía percibir simultáneamente tanto la pensión ordinaria de jubilación como el salario de docente oficial en virtud de la excepcionalidad legal que así lo permite y que se encuentra consagrada en el artículo 19, literal g) de la Ley 4.^a de 1992 y el artículo 19 de la Ley 334 de 1996.³⁰

En todo caso, lo cierto es que la falta de reconocimiento pensional a favor de la parte activa se encuentra injustificada, pues se demostró con base en la argumentación precedente que aquel reunió y acreditó con suficiencia los requisitos consagrados en la Ley 71 de 1988 a fin de obtener el derecho a percibir una pensión de jubilación, pues acumuló más de 20 años de cotizaciones derivadas de servicios prestados tanto en calidad de contratista como de docente con una relación legal y reglamentaria vigente, y además, cumplió 60 años de edad así como se evidenció en el cuadro precedente.

Al respecto, es válido aclarar que dicha pensión debe sujetarse a las reglas de unificación jurisprudencial fijadas en la sentencia SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 proferida por la Sección Segunda de esta Corporación. De este modo, la prerrogativa en mención tendrá que ser calculada en un 75% del ingreso base de liquidación que corresponde al promedio de la asignación básica y las horas extras devengadas por el educador durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, desde el 3 de abril de 2012 hasta el 3 de abril de 2013, ello con efectividad a partir de esta última fecha.

Es decir, no es procedente la inclusión de todos los emolumentos percibidos por aquel en ese mismo período como lo depreca en la demanda, pues conforme a la línea interpretativa de cierre referida, solo pueden computarse los factores sobre los cuales el docente hubiese realizado aportes y que estuviesen enlistados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985. En este caso como se analizó, solo corresponde incluir la asignación básica y las horas extras, no así las primas de navidad y de vacaciones.

³⁰ Dicha posición frente a casos como el particular, fue objeto de pronunciamiento en sentencia del 12 de noviembre de 2020, dictada por la Sección Segunda, Subsección A de esta corporación en el proceso con radicado 15001-23-33-000-2015-00620-01 (0496-2017), el cual si bien versa sobre un litigio de reliquidación de pensión de un docente, conlleva el mismo análisis en lo relativo a la normativa aplicable a esta clase de servidores públicos.



Con base en lo anterior la Subsección encuentra que se configura un desconocimiento de las normas en que debía fundarse el acto administrativo cuestionado, esto es, la Resolución 008841 del 23 de octubre de 2018, pues tal decisión se aparta del marco regulatorio y jurisprudencial realmente aplicable al caso de la parte activa.

Lo propio implica entonces la necesaria declaratoria de nulidad de aquella decisión con el fin de mantener indemne el ordenamiento jurídico, tal como lo ordenó en primera instancia el *a quo*. No obstante, deberá modificarse el fallo respecto de la fecha de efectividad de la prestación reconocida, así como del período y factores de liquidación. Ello en el entendido de que la data para el comienzo del goce del derecho es a partir del 3 de abril de 2013 cuando adquirió el respectivo estatus jurídico habilitante, no condicionada a la demostración del retiro definitivo del servicio. Aunado a esto, la prestación tendrá que ser calculada con base en el promedio de la asignación básica y las horas extras percibidas por el recurrente entre el 3 de abril de 2012 y el 3 de abril de 2013.

Lo anterior implica que cobra sentido el reparo de la parte activa sobre la fecha de efectividad y período de liquidación de la prestación, pues estas son contrarias a las definidas por el tribunal de primera instancia, en el entendido de que este último tuvo en cuenta para el efecto el último año de prestación de servicio (del 26 de febrero de 2017 al 25 de febrero de 2018), pese a que en realidad debió ordenar el reconocimiento y cálculo del derecho con base en el año previo a la consolidación del estatus jurídico pensional (desde el 3 de abril de 2012 hasta el 3 de abril de 2013), habida cuenta de que esta prerrogativa era plenamente compatible con el salario que el demandante percibía por su vinculación como docente oficial, y por consiguiente no debía estar condicionada a demostrar la terminación de la relación legal y reglamentaria.

Bajo tal intelección, es dable modificar el fallo de primera instancia para ajustar las mentadas datas, así como los factores salariales a incluir, dado que si bien en la providencia censurada se ordenó computar la bonificación mensual docente, esto tuvo lugar en la medida en que dicho haber fue devengado por el libelista entre 2017 y 2018, no así entre 2012 y 2013 cuando percibió la asignación básica y las horas extras como se evidenció y determinó previamente.

➤ **En cuanto a los aportes efectuados por el demandante y adeudados por las entidades territoriales empleadoras**

En el caso particular se observa que el señor Martínez Cuevas se desempeñó formalmente como docente para diferentes entidades territoriales, esto vinculado por medio de contratos de prestación de servicios celebrados de manera intermitente durante los siguientes períodos: Con el municipio de Jenesano: i) del 2 de agosto al 30 de noviembre de 1989, ii) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1990, y iii) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1991. Con el municipio de Samacá: i) del 1.º de septiembre de 1992 al 11 de febrero de 1996 y ii) del 12 de febrero de 1996 al 31 de diciembre de 2002. Con el departamento de Boyacá: i) del 18 de febrero al 12 de diciembre de 2003.



Al evidenciar este hecho, resulta adecuado inferir que por la calidad de contratista que ostentó en su momento el libelista, este no podía encontrarse afiliado al FNPSM, pues para ello debía haber sido nombrado y posesionado como docente oficial mediante acto administrativo. Bajo este contexto, es pertinente sostener que aquel no pudo haber realizado las respectivas cotizaciones a la mentada entidad de previsión, lo cual en principio trastocaría el reconocimiento de la prestación en litigio.

No obstante, precisamente en virtud de lo anterior y según el reporte de semanas cotizadas a Colpensiones por parte del demandante, se encuentra que aquel efectivamente realizó los aportes que le correspondían en su calidad para ese momento de contratista, puntualmente durante los lapsos referidos anteriormente.

Ahora, en cuanto a la autoridad obligada a realizar el pago de los mentados conceptos en casos donde se evidencian relaciones laborales encubiertas por contratos de prestación de servicios docentes, la misma intelección de la sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado³¹, dicta que el sujeto responsable de tal carga inexorablemente debe ser quien ocultó dicho vínculo de trabajo, el cual para el asunto de marras sería efectivamente los municipios de Jenesano y Samacá, así como el departamento de Boyacá. Empero, ante su ausencia como demandados o vinculados en la presente actuación en calidad de posibles litisconsortes facultativos, no podría impartirse una orden directa a aquellas autoridades tendientes a que realicen los giros respectivos por el mentado concepto.

Al margen de esta consideración, debe tenerse en cuenta que los aportes a pensión por su propia naturaleza, equivalen a tributos en clave de contribuciones parafiscales con una destinación específica que los hace imprescriptibles como se anunció en la sentencia reseñada anteriormente. Con base en ello, su recaudo puede decretarse en cualquier momento de manera actualizada en las proporciones que tanto al trabajador como al empleador les habrían correspondido durante el período en el que se ocultó la relación laboral, a fin de que la entidad de previsión obligada pueda pagar sin detrimento patrimonial la prestación reconocida³². Esto se sustenta con base en la misma providencia de unificación precitada que previó lo siguiente:

«[...] la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador. [...]

³¹ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. Sentencia de Unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016. Rad.: 23001233300020130026001 (00882015).

³² Posición reiterada por esta Subsección en sentencia del 18 de febrero de 2021 dictada en el proceso con radicado: 81001-23-33-000-2013-00012-02 (4163-2014).



De este modo, si bien las entidades territoriales en comento se encontraban obligadas al pago de los aportes derivados de la relación laboral encubierta, debe tenerse en cuenta que estos implican una carga compartida entre el empleador y el trabajador, por lo que efectivamente tendrá que seguirse la regla prevista en la jurisprudencia aludida, en el sentido de que el FNPSM deberá verificar mensualmente si se presenta alguna diferencia entre los aportes efectuados por el entonces contratista durante el tiempo en el cual se presentó la relación laboral encubierta dentro de sus respectivos intervalos o duración de los contratos, ello con base en el reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones.

De esta manera, en atención a que los municipios y departamento aludidos no se encuentran vinculados a la actuación, pero debe primar el principio de sostenibilidad financiera del sistema en razón de los aportes a los que aquellos estaban obligados, se ordenará al FNPSM ejecutar las actuaciones interadministrativas pertinentes y necesarias para que se adelante el cobro a los municipios de Jenesano y Samacá, así como al departamento de Boyacá, en caso de que aún no lo hayan hecho, ello únicamente de las sumas faltantes por concepto de cotizaciones a pensión pendientes del señor César Eduardo Martínez Cuevas (si existieren), y en todo caso solo en el porcentaje que le habría correspondido a las referidas autoridades como empleadores de aquel, esto por los periodos durante los cuales se evidenció una relación laboral subrepticia basada en sendas relaciones contractuales.

➤ De la prescripción de mesadas pensionales

Habida cuenta de que se confirmará la decisión de acceder al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación deprecada por la parte activa, pero con efectividad desde el 3 de abril de 2013, resulta indispensable verificar la ocurrencia o no del fenómeno prescriptivo sobre las mesadas adeudadas.

Al respecto, el Consejo de Estado³³ ha señalado que la configuración de la mentada figura requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido las acciones correspondientes para reclamar los derechos que considera vulnerados. Ese tiempo se cuenta por 3 años desde que la obligación se haya hecho exigible, con una posibilidad de interrupción del término por un lapso igual, tal como lo indica el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 aplicable al *sub examine*, que reza lo siguiente:

«ARTÍCULO 102.- *Prescripción de acciones.*

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»

En consecuencia, para determinar la fecha de exigibilidad del derecho a restablecer a partir de la cual debe comenzar a contabilizarse el lapso referido en el presente caso, tendrá que considerarse el hecho de que esta data se concreta desde el 3 de abril de 2013 cuando el demandante adquirió el estatus

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 15 de noviembre de 2012, número interno: 1446-2012.



jurídico pensional y por consiguiente consolidó la prerrogativa a percibir la prestación en litigio.

Ahora bien, tal como se verifica de la parte considerativa del acto administrativo demandado, el señor Martínez Cuevas reclamó el derecho prestacional en mención el 6 de septiembre de 2018, y radicó la demanda el 30 de noviembre de 2018 esto es, después del vencimiento de los 3 años siguientes a la fecha de efectividad de la pensión, por lo que se consolidó la figura bajo estudio respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 6 de septiembre de 2015.

Lo anterior implica que también debe modificarse la decisión de primera instancia relacionada con el análisis del fenómeno prescriptivo de mesadas, toda vez que el *a quo* consideró como fecha de exigibilidad de la pensión la del retiro definitivo del servicio, pese a que en realidad tal data era la de adquisición del estatus jurídico pensional ocurrida el 3 de abril de 2013, la cual a su vez implicaba un cómputo muy diferente de la mentada figura, al punto de haberse demostrado su configuración, contrario a lo estimado en el fallo recurrido.

En conclusión: el señor César Eduardo Martínez Cuevas en su calidad de docente oficial desde antes de la Ley 812 de 2003 con acumulación de aportes al ISS como contratista y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como educador estatal con relación legal y reglamentaria vigente, en efecto tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la pensión de jubilación conforme a la Ley 71 de 1988 por aplicación integradora y analógica de la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado proferida el 25 de abril de 2019, y en atención a su calidad de maestro del sector público, al margen de las formas de vinculación mediante las cuales desempeñó dichas funciones en instituciones de entidades territoriales.

Dicha prestación debe concederse con efectividad a partir del 3 de abril de 2013 cuando el libelista adquirió el estatus jurídico respectivo, pero con efectos fiscales desde el 6 de septiembre de 2015 por prescripción trienal de mesadas. Aquel derecho será calculado en un monto correspondiente a una tasa de reemplazo del 75% sobre el ingreso base de liquidación, determinado sobre el promedio de los factores salariales respecto de los cuales el demandante realizó aportes durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, que equivalen en el presente caso a la asignación básica y las horas extras causadas y pagadas entre el 3 de abril de 2012 y el 3 de abril de 2013.

Decisión de segunda instancia

Según lo expuesto, se impone adicionar el ordinal primero bis que declare probada la excepción de prescripción, y asimismo, modificar el ordinal segundo de la sentencia apelada, proferida el 26 de enero de 2022 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, la cual accedió a las pretensiones de la demanda, esto a fin de que en la orden de restablecimiento del derecho, se determine que la liquidación pensional deberá hacerse con base en el 75% del promedio de la asignación básica y las horas extras devengadas por el libelista durante la anualidad anterior a la consolidación de aquella prerrogativa, esto es, entre el 3 de abril de 2012 y el 3 de abril de 2013, y además con efectividad



desde esta última data sin estar condicionada a la demostración del retiro definitivo del servicio, pero con efectos fiscales desde el 6 de septiembre de 2015 por prescripción trienal de mesadas.

Igualmente se adicionará al ordinal tercero una orden tendiente a que la entidad demandada realice todas las actuaciones interadministrativas pertinentes y necesarias para que se adelante el cobro a los municipios de Jenesano y Samacá, así como al departamento de Boyacá, únicamente de las diferencias en los aportes a pensión dejados de efectuar en beneficio del señor Martínez Cuevas (si existieren luego de comparar los valores efectivamente aportados por este a Colpensiones como contratista), y en todo caso solo en el porcentaje que le habría correspondido a las referidas autoridades como empleadoras de aquel, esto por los períodos durante los cuales se advirtió una relación laboral subrepticia basada en sendos vínculos mediante órdenes de prestación de servicios.

Por último se confirmará en todo lo demás la providencia recurrida. Lo anterior habida cuenta de que prosperan los argumentos de impugnación presentados por la parte activa en su recurso de alzada, no así los de la parte demandada.

De la condena en costas

Esta subsección en providencia de 7 de abril de 2016³⁴, sobre la condena en costas en vigencia del CPACA determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de dicha carga bajo los siguientes fundamentos:

- a) «El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³⁵, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

³⁴ Al respecto ver sentencia de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

³⁵ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]».



g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.»

De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público³⁶.

Ahora, aun bajo este hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas a la entidad demandada, en la medida que a pesar de haber resultado vencida, conforme el numeral 8.º del artículo 365 del CGP no es posible la comprobación de dicha carga, en tanto no hubo intervención de las partes en segunda instancia ante la ausencia de un período probatorio y el consecuente traslado de alegatos de conclusión según lo previsto en el artículo 247, numeral 5.º del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), tal como se indica en la constancia secretarial visible en el índice 13 del registro en SAMAI.

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: Adicionar el ordinal «primero bis» a la sentencia proferida el 26 de enero de 2022 por el Tribunal Administrativo de Boyacá que accedió a las pretensiones de la demanda, en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor César Eduardo Martínez Cuevas contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual indicará lo siguiente:

«**PRIMERO BIS:** Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción trienal de mesadas causadas con anterioridad al 6 de septiembre de 2015.»

Segundo: Modificar el ordinal segundo del fallo recurrido, el cual quedará de la siguiente forma:

«[...] **SEGUNDO:** A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar a favor del señor César Eduardo Martínez Cuevas la pensión de jubilación a que tiene derecho de conformidad con los preceptos de la Ley 71 de 1988 y el Decreto Reglamentario 2709 de 1994, es decir, en un monto equivalente al 75% del promedio de la asignación básica y las horas extras percibidas por el libelista durante el año anterior a la adquisición del estatus jurídico, correspondiente al período comprendido entre el 3 de abril de 2012 y el 3 de abril de 2013, ello con efectividad desde esta última fecha, sin estar condicionada a la demostración del retiro definitivo del servicio, pero con efectos fiscales desde el 6 de septiembre de 2015 por prescripción trienal de mesadas. Lo anterior con los respectivos reajustes a que

³⁶ Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]»



haya lugar. [...]».

Tercero: Adicionar al ordinal tercero de la sentencia impugnada el siguiente aparte:

«[...] Conminar a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a realizar todas las actuaciones interadministrativas pertinentes y necesarias para que se adelante el cobro a los municipios de Jenesano y Samacá, así como al departamento de Boyacá, únicamente de las diferencias en los aportes a pensión dejados de efectuar en beneficio del señor César Eduardo Martínez Cuevas (si existieren luego de comparar los valores efectivamente aportados por este a Colpensiones como contratista), y en todo caso solo en el porcentaje que le habría correspondido a las referidas autoridades como empleadores de aquel, esto por los períodos durante los cuales se advirtió una relación laboral subrepticia basada en sendos vínculos mediante órdenes de prestación de servicios. [...]».

Cuarto: Confirmar en todo lo demás la providencia apelada.

Quinto: Sin condena en costas de segunda instancia.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el sistema de registro SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior decisión fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

