

DOCENTES VINCULADOS POR ÓRDENES O CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CELEBRADOS CON ENTIDADES TERRITORIALES / CALIDAD DE DOCENTES OFICIALES / EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL SUBREPTICIA CON EFECTOS PENSIONALES / NO SE REQUIERE DECLARACIÓN PREVIA DE CONFIGURACIÓN DE ESTE SUPUESTO / CÓMPUTO DEL PERÍODO ACUMULADO COMO CONTRATISTA PARA ACREDITAR EL REQUISITO TEMPORAL DE LABORES OFICIALES DE LA LEY 33 DE 1985

«[...] [S]e destaca el hecho de que uno de los reparos puntuales de la parte apelante contra el fallo impugnado, consiste en que no se puede dar por hecho la existencia de una relación laboral con la libelista mientras ello no haya sido debatido y declarado así anticipadamente por una autoridad competente. Al respecto afirmó que en el presente proceso, dicha situación no fue, ni podía ser objeto de análisis, habida cuenta de que tampoco era materia de fundamentación en la demanda. [...] Para el caso de la referencia, es necesario aclarar que lo deprecado puntualmente como declaración, además de la nulidad del acto administrativo cuestionado, es que se considere el tiempo de servicio prestado por la libelista como docente en el Departamento de Arauca por medio de soluciones educativas, como un período computable con el desempeñado en razón de una vinculación legal y reglamentaria posterior en calidad formal de educadora oficial, debido a que el primer lapso aludido cumplía las características propias de una relación laboral que tendría que repercutir en su situación jurídica pensional. Con base en estos planteamientos se observa que, en síntesis, lo pretendido en el *sub examine* es la declaratoria de configuración de una relación laboral subrepticia derivada de la celebración de sendos contratos de prestación de servicio, pero solo con efectos directos en lo atinente al reconocimiento pensional de la libelista como docente oficial. Es decir, no se busca adicionalmente el pago de otro tipo de prestaciones derivadas de tal hecho, ni la concesión de la calidad de empleada pública con sus respectivos derechos. Por lo tanto, dicho pedimento no es excluyente sino congruente y susceptible de decisión en esta causa judicial, ante la procedencia de la figura procesal de la acumulación de pretensiones conforme al artículo 165 del CPACA, en la medida en que se satisfacen las exigencias previstas en dicha norma, especialmente la relativa a la intrínseca y estrecha relación entre la solicitud de declaratoria de configuración de un vínculo laboral con lo deprecado a manera de restablecimiento que es puntualmente la consolidación de una pensión ordinaria de jubilación a favor de la señora Carmen Gabriela Loyo de Arrieta, con base en el cómputo del tiempo de servicio derivado del mentado nexo de trabajo. [...] si bien no se niega la existencia de los referidos contratos de prestación de servicios y órdenes de servicios celebrados entre la demandante y el Departamento de Arauca, lo cierto es que tal hecho de ninguna manera implica asumir que la calidad de las actividades desarrolladas por la primera, fue otra diferente a la de una docente oficial propiamente dicha, esto al margen de que no se hubiese declarado la existencia de una relación laboral en su momento. En el caso *sub lite* resulta aun más ostensible lo asegurado, si se tiene en cuenta que el vínculo en comento se desarrolló en el marco del programa de soluciones educativas de la autoridad en comento, el cual como se aprecia del contrato de prestación de servicios 0003-006 (folio 155), tenía como objeto la ejecución específica de labores inherentes a personal del magisterio. Esto en la medida en que la «contratista» (como en su oportunidad lo fue la demandante), debía ejercer realmente un cargo como maestra pero sometida a las directrices, planes y programas fijados por el Ministerio de Educación Nacional (cláusula segunda), aunado a que tenía que acreditar los requisitos propios de los empleados públicos de la carrera administrativa docente para posteriormente ser nombrada en

propiedad en dicho cargo (cláusula tercera). Hasta este punto, tanto lo probado en la actuación como la sola naturaleza de las funciones ejercidas por la demandante durante el tiempo que celebró contratos de prestación de servicios con la parte apelante, dan cuenta de que en observancia del principio de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 Constitucional y sin necesidad de concederle la calidad de empleada pública *per se*, aquella sí puede ser considerada como una docente oficial a lo largo del lapso aludido en virtud de la etimología propia de dicha ocupación. Por este motivo, también es válido estimar que efectivamente el período precitado corresponde al de una relación de trabajo, en tanto se consolidaron sus elementos constitutivos, así como lo concluyó el *a quo*. En punto a aquel postulado, se destaca que no existe duda sobre la prestación personal del servicio por parte de la señora Loyo de Arrieta, al igual que la remuneración que esta percibió por ello, debido a la sola esencia del acto jurídico celebrado que así lo previó por ser ese el fin de la bilateralidad que lo caracteriza. Ahora bien, la subordinación y dependencia se verifica en igual medida a partir del propio esquema de «soluciones educativas», así como de la noción de docente estatal, habida cuenta de la falta de autonomía y discrecionalidad que se predica inexpugnablemente en el desarrollo de esta actividad, por la consecuente sujeción de quien desempeña tal cargo a una política pública educativa y a unos lineamientos revisados, controlados y materializados en órdenes de un superior que distan de la autonomía concebida para los contratos de prestación de servicios. Lo expuesto halla respaldo para asuntos como el de marras, en la sentencia de unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado [...] A manera de colofón de estas precisiones, la Subsección encuentra ajustada a la realidad jurídica y jurisprudencial del caso, el haber advertido y decretado la existencia de una relación laboral entre la demandante y el Departamento de Arauca por el tiempo que tuvieron vigencia los contratos de prestación de servicios celebrados entre estos. No obstante, debe resaltarse como se adujo en el acápite anterior, que tanto las pretensiones formuladas, así como el litigio fijado, limitaron las consecuencias de la referida situación, solo a los efectos pensionales que su declaración conlleva, y no al reconocimiento de otro tipo de prestaciones o derechos derivados de un vínculo laboral asimilable al legal y reglamentario que detentan los docentes oficiales, pues se reitera, ello no había sido materia de discusión. En suma, para el caso *sub iudice* la decisión de primera instancia únicamente implica 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, sobre el cual efectivamente debieron efectuarse las respectivas cotizaciones. [...] En conclusión: a lo largo del período en el que la demandante se desempeñó como docente del Departamento de Arauca vinculada mediante contratos de prestación de servicios, efectivamente se consolidó una relación de trabajo que para efectos pensionales como esta lo deprecó en la demanda y como fue fijado al momento de determinar el litigio, conlleva el imperioso cómputo de dicho lapso en el cálculo del tiempo de servicio acumulado de 20 años que se prevé como requisito para acceder a la pensión de jubilación conforme el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, ello sin que hubiese sido necesario la declaratoria administrativa o judicial previa de tal situación. Bajo este entendido y luego de verificar el cumplimiento de las exigencias de la norma en cita, se encuentra que la libelista sí consolidó el derecho a la referida prestación, tal como lo estimó el *a quo*. [...]»

OBLIGATORIEDAD DE EFECTUAR LOS APORTES PENDIENTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO POR PARTE DEL DOCENTE Y SU ENTIDAD EMPLEADORA EN ORDEN DE FINANCIAR LA

PRESTACIÓN

«[...] el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien debe cancelar las sumas y emolumentos que se pagan a los docentes afiliados a este y no las entidades territoriales certificadas a las cuales pertenece dicho personal, tal como se reitera en la línea de interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Este postulado se sintetiza en que las consecuencias económicas que se derivan de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración funcional radicada en los entes certificados, se consolidan única y exclusivamente bajo la responsabilidad de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, FNPSM. Como sustento de lo afirmado, es destacable el hecho de que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, (el cual fue derogado por la Ley 1955 de 2019, y posteriormente modificado por el artículo 57 *ejusdem*), señala que las pensiones de los docentes oficiales serán reconocidas y pagadas por el aludido fondo mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien la administre, el cual en todo caso debe ser elaborado por el secretario de educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente. Empero, a pesar de la referida conjugación de intervinientes en el íter administrativo descrito, resulta imperioso precisar que ello no despoja a la mentada entidad de previsión de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los educadores estatales, aun ante la suscripción de encargos fiduciarios para la administración y pago material de tales prestaciones, pues ello es constitutivo de una situación externa que determina un procedimiento para materializar un derecho, pero no desplaza las obligaciones impuestas legalmente a una autoridad para garantizarlo. [...] *A contrario sensu*, tal como lo esgrimió el Departamento de Arauca en su recurso de apelación, este no es responsable ni se encuentra legitimado para asumir la carga económica de la referida prestación, así como tampoco para concurrir parcialmente en ella, debido a que su actuar de trámite en la actuación administrativa no lo sujeta a lo decidido y menos a sus efectos cuando ello normativamente está asignado al FNPSM en virtud de su naturaleza jurídica. [...] Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, y con la claridad de que la entidad territorial vinculada no debe ser condenada al pago concurrente de la pensión de jubilación objeto del litigio, sí debe destacarse que la orden específica de la sentencia respecto de dicha autoridad en el ordinal cuarto es: «[...] que el Departamento de Arauca concorra al pago de la pensión, realizando los aportes correspondientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo que (sic) atinente a las sumas que le corresponde aportar.» A partir de este planteamiento, estima la Subsección que en todo caso, una vez enervada la responsabilidad de la parte apelante en cuanto al reconocimiento concurrente de la pensión debatida, es menester validar también la procedencia de la condena en su contra inherente al pago a favor del FNPSM de las cotizaciones a pensión a nombre de la demandante por el período durante el cual esta se desempeñó como docente mediante contratos de prestación de servicios, de acuerdo con las previsiones del artículo 8.º de la Ley 91 de 1989, artículo 81, inciso 4.º de la Ley 812 de 2003, así como los artículos 9 y 10 del Decreto 3752 de 2003. En este aspecto, el Departamento de Arauca manifestó su inconformidad basado en la supuesta falta de pronunciamiento administrativo o judicial previo que tuviera por desvirtuado el nexo contractual que sostuvo con la demandante a través de «soluciones educativas». Aunado a ello señaló que a pesar de dicha omisión, no era viable efectuar pronunciamiento sobre este punto, en la medida en que no había sido objeto de pretensión ni del litigio propiamente dicho. Pues bien, contrario a esta postura, tal como se advirtió en el desarrollo del primer problema jurídico, en el *sub examine* no solo se pretendió con la demanda la declaratoria de una relación laboral subrepticia, sino que además esta tuviera efectos en lo referente al reconocimiento de una pensión de jubilación. Como se adujo en dicho

aparte, la calidad de docente oficial derivada de las actividades contratadas y ejercidas por la libelista, permitieron tener por configurados los elementos esenciales de un verdadero vínculo de trabajo entre esta y la entidad territorial. Lo anterior necesariamente conlleva la consolidación de los derechos y obligaciones que le son inherentes, los cuales en esta oportunidad, debido a la formulación del litigio, solo se deprecaron y contraen a la estructuración de una situación jurídica pensional. Esta a su vez se circunscribe entonces en el derecho al pago de una pensión de jubilación por cumplimiento de los requisitos normativos para tal efecto y adicionalmente a la obligación de girar a la entidad de previsión responsable, los respectivos aportes que financian y justifican dicha prestación por el tiempo que se omitieron en virtud de la relación contractual simulada. A la referida conclusión se arribó en virtud de los lineamientos de unificación jurisprudencial que se desarrollaron en la sentencia CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado, a partir de la cual se fijaron los criterios de interpretación y reglas jurídicas en los casos de docentes oficiales vinculados por medio de contratos de prestación de servicios como es el de la señora Loyo de Arrieta. [...]

De conformidad con este claro apartado jurisprudencial de obligatoria observancia, la Sala encuentra que a pesar de no haberse instado en la demanda explícitamente el giro al FNPSM de las cotizaciones por concepto de pensión de la demandante, es perentorio pronunciarse al respecto en la sentencia, tal como lo hizo el *a quo*, más aun cuando la pretensión declaratoria de la relación laboral buscaba precisamente el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación. Como se adujo en la providencia citada, la determinación sobre los aportes en comento es indispensable en tanto repercuten directamente en la liquidación, sostenibilidad y eficacia de la prestación reclamada en procura además del equilibrio financiero del sistema. Ahora, en cuanto a la autoridad obligada a realizar el pago de los mentados conceptos, la misma intelección de la jurisprudencia aludida y la sola interpretación de los efectos consecuentes de la configuración de una relación laboral, dictan que el sujeto responsable de tal carga inexorablemente debe ser quien encubrió dicho vínculo de trabajo a través de contratos de prestación de servicios, el cual para el asunto de marras es efectivamente el Departamento de Arauca como se precisó en el primer problema jurídico. Además 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 le habrían correspondido durante el período en el que se ocultó la relación laboral, a fin de que la entidad de previsión respectiva pueda pagar sin detrimento patrimonial la prestación reconocida. [...] [L]a sentencia de unificación precitada fue clara en precisar 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. [...]» Como se extrae del aparte transcrito, es deber de la libelista acreditar las cotizaciones a pensión efectuadas en su momento a cualquier entidad por el lapso durante el cual subsistió la relación contractual propiamente dicha, a riesgo de que deba pagar o completar el monto que como trabajadora le hubiese correspondido abonar por dicho concepto. De este modo, si bien el Departamento de Arauca se encuentra obligado al pago de los aportes derivados de la relación laboral encubierta, debe tenerse en cuenta que estos implican una obligación 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 la demandante demostrará e indicará ante el FNPSM, a cuál ente de previsión y por qué valor realizó cotizaciones a pensión mientras estuvo vinculada con la primera por medio de contratos de prestación de servicios, y en caso de no haberlos hecho, manifestar expresamente lo propio. Lo anterior con el fin de que tanto la autoridad apelante como la demandada, verifiquen mensualmente si se presenta alguna diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la entonces contratista por el tiempo durante el cual se presentó la relación laboral encubierta, esto es, del 15 de febrero de 1988 al 15 de junio de 1995 (dentro de sus respectivos intervalos o duración de los contratos). De esta manera, el Departamento de Arauca cotizará al FNPSM, únicamente la suma faltante por dicho concepto si existiere, y solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. En caso de que la docente no demuestre o afirme no haber realizado tales cotizaciones, es evidente que el mentado fondo podrá descontar de las sumas adeudadas a la libelista en virtud de la condena, los valores pendientes de recaudo o la diferencia en su contra (si se presenta), por el porcentaje que le incumbía a aquella como trabajadora. En suma, lo cierto es que en este caso pesa sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio una condena relacionada con el pago de una pensión de jubilación, la cual no fue apelada por la propia autoridad afectada y por lo tanto impide su discusión en esta instancia. En este sentido, como la prestación aludida no puede estar desfinanciada, se estima ajustada la decisión de ordenar: i) Al Departamento de Arauca como responsable directo de la relación laboral declarada para efectos pensionales, girar al precitado fondo el monto restante o pendiente de las cotizaciones para pensión que debieron realizarse por el período de configuración del vínculo de trabajo, en la proporción que como «empleador» de la señora Loyo de Arrieta le habría correspondido, ello calculado en comparación con el valor pagado por la demandante en su momento como contratista a cualquier entidad de previsión. En caso de no haberse efectuado estas cotizaciones por la libelista, le corresponderá a la entidad territorial abonar el valor total de su aporte, pero se reitera, solo en el porcentaje que como autoridad patronal lo obliga. ii) A su vez, el FNPSM deberá repetir y en consecuencia solicitar a la entidad de previsión a la que se hubiese encontrada afiliada la demandante en el tiempo que fungió como contratista, el reembolso de los pagos hechos aquella por concepto de aportes a pensión, siempre y cuando así se asegure y acredite. En caso de que ello no hubiese ocurrido de dicha forma, estará autorizado a descontar de las sumas adeudadas a la docente, los valores equivalentes al porcentaje de cotización que como «trabajadora» tendría que haber realizado por ese mismo período para completar el monto de la contribución a su cargo. En conclusión: el Departamento de Arauca no es responsable de asumir el pago total ni proporcional de la pensión de jubilación reconocida a la demandante, sino que en virtud de la declaratoria de existencia de una relación laboral encubierta por contratos de prestación de servicios, aquel se encuentra obligado a girar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los valores pendientes que por concepto de cotización a pensión de la libelista, debió efectuar en el porcentaje que como empleador le habría correspondido, ello por el tiempo en el que se configuró el mentado vínculo de trabajo, de conformidad con la obligación patronal derivada del artículo 8.º de la Ley 91 de 1989, artículo 81, inciso 4.º de la Ley 812 de 2003, así como los artículos 9 y 10 del Decreto 3752 de 2003. [...]

FUENTE FORMAL: CP - ARTÍCULO 53 / LEY 91 DE 1989 - ARTÍCULO 8 / LEY 812 DE 2003 - ARTÍCULO 81 / DECRETO 3752 - ARTÍCULO 9 / DECRETO 3752 - ARTÍCULO 10

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00079-01(4021-14)

Actor: CARMEN GABRIELA LOYO DE ARRIETA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DEPARTAMENTO DE ARAUCA Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Referencia: RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE DOCENTE OFICIAL CON PERÍODO ACUMULADO EN VIRTUD DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. OBLIGACIÓN DEL GIRO DE LOS APORTES A PENSIÓN ADEUDADOS POR ESE LAPSO A CARGO DE LA ENTIDAD TERRITORIAL.

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la entidad territorial vinculada contra la sentencia proferida el 26 de junio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Arauca que accedió a las pretensiones de la parte activa.

ANTECEDENTES

La señora Carmen Gabriela Loyo de Arrieta en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹, formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (Folios 2 a 3)

1. Que se declare la nulidad de la Resolución 1502 del 29 de abril de 2013, por medio de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación de la Gobernación de Arauca, negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación ordinaria a favor de la libelista.
2. Que conforme a los postulados de la sentencia C-555 de 1994 proferida por la Corte Constitucional, así como la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, se declare que desde el 13 de enero de 1988 al 13 de junio de 1995, tiempo en el que la demandante se desempeñó como docente para el Departamento de

¹ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.

Arauca bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, se estructuraron los elementos propios de una relación laboral, por lo que tal período debe contabilizarse para acreditar los 20 años de cotización que exige la Ley 33 de 1985 para configurar la pensión de jubilación.

3. Como consecuencia de dichas declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar a favor de la señora Loyo de Arrieta, una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio anterior al cumplimiento del estatus jurídico pensional, y con efectividad desde el «24 de diciembre de 1956» (sic).
4. De igual forma, que se ordene a la referida entidad, pagar las mesadas atrasadas a partir del momento de la consolidación del derecho hasta cuando se realice el abono respectivo, ello con la aplicación de los ajustes previstos en la Ley 71 de 1988 y con el reconocimiento de las primas consagradas en la Ley 100 de 1993.
5. Que se conmine a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer los intereses moratorios que se generan a partir de la ejecutoria de la sentencia, y dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 189, 192, 194 y 195 del CPACA. Finalmente, que se condene en costas a la entidad demandada.

Supuestos fácticos relevantes (Folios 3 a 4)

1. La señora Loyo de Arrieta se desempeña como docente oficial al servicio del Departamento de Arauca y se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 15 de junio de 1995. Cumplió 55 años de edad el 24 de diciembre de 2011.
2. La demandante se ha desempeñado como educadora del Estado por espacio de 20 años conforme a la siguiente historia laboral:

«ACTO DE VINCULACIÓN	DESDE	HASTA	DÍAS
Contratos de Soluciones Educativas Departamento de Arauca	Enero 13/88	Junio 13/95	2670
Decreto 633 de junio 15/95 mediante vinculación legal y reglamentaria	Junio 15/95	Enero 13/08	4530

TOTAL.....7200» (Negrilla y mayúscula del texto original).

3. La libelista solicitó ante el FNPSM el reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria, el 7 de febrero de 2013, en razón al cumplimiento de los 55 años de edad y los 20 años de servicio previstos como requisitos en la Ley 33 de 1985.
4. La Secretaría de Educación del Departamento de Arauca en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, denegó la petición referida según la Resolución 1502 del 29 de abril de 2013.

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»², porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el

² Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).

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 precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por las partes 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: 25 de febrero de 2014.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones:

«[...] **Frente a la excepción de prescripción del derecho.** Sobre esta excepción propuesta por la FIDUPREVISORA y el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el Despacho advierte que no prospera, por cuanto el derecho pensional es imprescriptible, siendo operable tal fenómeno pero respecto del pago de las mesadas, tal como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia C-230 de 1998, lo cual será un tema que se tratará por esta Corporación cuando se dicte sentencia, luego de analizarse si la Señora CARMEN GABRIELA en verdad tiene derecho a la pensión que reclama.

Frente a la excepción de Falta de Legitimidad por Pasiva propuesta por El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora. [...] A propósito considera el Despacho que tal como se explicó con suficiencia en el auto del pasado 11 de junio de 2013, proferido dentro del expediente 2012-00016-00 con ponencia del Dr. Wilson Arcila Arango, si bien es cierto, la Fiduprevisora no firmó el acto demandado, no es menos cierto, que sí concurrió con su voluntad en la creación de éste, ya que el Decreto 2831 de 2005 en sus Arts. 3, 4 y 5, exige como requisito de efectividad del acto, que la Secretaría de Educación respectiva antes de proferir la resolución procedente, le envíe el borrador o proyecto a la Sociedad Fiduciaria que administra el Fondo del Magisterio, con el fin de que esta entidad lo apruebe o lo impruebe, al punto que le resta todo efecto legal al acto, si no cuenta con esa aquiescencia. [...] Por su parte el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dice que se debe observar que es una cuenta especial de la Nación sin personería cuyo propósito es pagar prestaciones a docentes de planta que reconozcan las de entidades territoriales y que el acto contiene la voluntad y proviene de la Secretaría de Educación Territorial y no de la entidad contra la que se dirige la demanda. Con relación a lo anterior el Despacho considera necesario mantener vinculado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio teniendo en cuenta que de acuerdo al Decreto 2831 de 2005 la prestación que aquí se discute se encuentra a cargo de este, por lo que se encuentra legitimado por pasiva por lo menos de manera formal, sin que ello signifique que sea la entidad directamente responsable sobre la situación aquí demandada, ya que eso es un aspecto que se valorará en la sentencia, momento en el cual se determinará la legitimación material. [...]

Del agotamiento de la conciliación: [...] En efecto, dice la Secretaría de Educación que si bien no se discute que el derecho a la pensión no es conciliable, sí resulta obligatorio intentar la conciliación sobre la solicitud de reconocimiento del contrato realidad por tratarse de un tema incierto y discutible, teniendo en cuenta que la demandante busca la pensión pretendida, sumando el tiempo que estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios de soluciones educativas, al estimar que en el tiempo se configuró una relación laboral. Para el Despacho no hay duda que la existencia de un *contrato realidad* es un asunto **discutible e incierto**, donde el interesado debe probar los tres elementos de la relación laboral para declararlo, por lo que la conciliación en esta materia

es obligatoria y así se ha reconocido en anteriores decisiones; no obstante, esta Corporación en el caso especial de los **docentes**, que persiguen el reconocimiento pensional computando como tiempo de servicio aquel en el que estuvieron vinculados mediante contratos de prestación de servicios, (soluciones educativas), ha considerado que dadas las particularidades de estos casos, la petición de declaratoria del contrato realidad ni siquiera es obligatoria para que se le tenga en cuenta como tiempo laborado para efectos pensionales, pues la declaración o reconocimiento del tiempo de servicio para efectos pensionales, es una consecuencia lógica e inescindible del mismo hecho de aceptar desde hace años, que los contratos de soluciones educativas constituyeron verdaderas relaciones laborales. [...] De esta manera, como para el caso de las solicitudes de pensión docentes no se requiere si quiera (sic) que se esgrima la pretensión de reconocimiento del contrato realidad para computar el tiempo de servicio, mucho menos se exigirá que frente a tal pretensión se agote el requisito de la conciliación prejudicial. [...]» (Negrilla, mayúscula y cursiva conforme a la transcripción. Folios 132 a 134 y CD obrante a folio 151 del expediente).

Se notificó la decisión en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] Primero que todo se advierte que no se fijará el litigio sobre el **hecho cuarto**, al ser más bien una apreciación jurídica subjetiva de la demandante y no una situación fáctica propiamente dicha.

Frente al **primer hecho** alusivo a que al demandante en la actualidad se desempeña como docente oficial al servicio del Departamento de Arauca, se tiene que no hay controversia porque la Secretaría de Educación Departamental, quien es su empleador, lo aceptó; la Fiduprevisora solo dijo que no le constaba y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dice que es parcialmente cierto. Con relación al **segundo hecho**, en el que se dice que la docente tiene actualmente veinte (20) años, hay litigio pues la Secretaría de Educación lo negó señalando que se ha desempeñado como docente desde el año 1995, según Decreto 633 del 15 de Junio de 1995; mientras que la Fiduprevisora contestó que no le constaba y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio manifestó que es cierto. Frente al **hecho tercero** referido a la fecha en que la demandante adquirió el status de pensionada, también hay controversia, porque la Secretaría de Educación afirma la (sic) demandante apenas tenía 16 años y 6 meses y 2 días de servicio, por su parte la Fiduprevisora señala que se atiene a lo probado y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio manifiesta que no es cierto. Finalmente en cuanto al **hecho quinto**, relativo a la denegación de la pensión de jubilación por parte de la demandada, no hay litigio, pues es aceptado por la Secretaría de Educación; por la Fiduprevisora y por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales no se opone diciendo atenerse a lo probado. [...]». (Negrilla y subrayado del texto original. Folios 134 a 136 y CD que reposa a folio 151 del plenario).

SENTENCIA APELADA (Folios 206 a 228)

El *a quo* profirió sentencia escrita el 26 de junio de 2014, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el Tribunal de primera instancia manifestó que a pesar de haber vinculado a la causa judicial a la Fiduprevisora S.A., lo cierto es que ésta carece de legitimación en la causa por pasiva para responder por las pretensiones de la demanda, habida cuenta de que de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, aquella solo se encarga de administrar el FNPSM y efectuar los pagos de las prestaciones de los docentes, por lo que su aprobación en los proyectos de

actos administrativos solo es un trámite en el procedimiento para adoptar la decisión, empero no exterioriza su voluntad.

En cuanto a la vinculación inicial de la demandante con el Departamento de Arauca, adujo que las actividades desarrolladas por la libelista como contratista, eran las mismas que las de los docentes de planta de la entidad territorial vinculada, por lo que se configuran los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la continuada subordinación y la remuneración como contraprestación del servicio.

Al respecto recalcó que la simple existencia de los contratos de prestación de servicios docentes, permite inferir que la administración pretendió evitar el pago de las prestaciones sociales al encubrir la configuración de una verdadera relación laboral. Ello en la medida en que la subordinación y dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan los maestros, es decir, son consustanciales al ejercicio de tal ocupación.

Por dicha razón y con base en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, estimó que en efecto existía un vínculo de trabajo entre la demandante y el Departamento de Arauca, lo que le imponía a este último un trato en igualdad de condiciones a las de los educadores nombrados y posesionados conforme a los artículos 13 y 25 de la Constitución Política.

En atención a lo expuesto, afirmó que efectivamente debió tenerse en cuenta para efectos pensionales de la situación reclamada por la demandante, el tiempo laborado por aquella como contratista a través de «soluciones educativas departamentales», que corresponde al período comprendido entre el 15 de febrero de 1988 al 13 de junio de 1995. A partir de este planteamiento refirió que en todo caso se impone el pago de las cotizaciones legales dejadas de realizar en dicho lapso con base en el monto pactado en los aludidos contratos de prestación de servicios.

Con fundamento en lo esbozado, señaló que al tener en cuenta el mentado tiempo laborado, es dable concluir que la libelista perteneció al sector educativo de que trata la Ley 91 de 1989, la cual prevé que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, tendrán el régimen prestacional que han gozado en cada entidad territorial donde han prestado sus servicios. Por lo anterior, aseveró que a la parte activa le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, debido a que ésta era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Sobre el punto encontró que la señora Loyo de Arrieta al momento de solicitar el reconocimiento de la pensión (7 de febrero de 2013), cumplía con los requisitos de la normativa referida como lo eran acreditar 55 años de edad y acumular más de 20 años de servicios cotizados, este último en razón de la desnaturalización de los vínculos contractuales enunciados.

En punto a la prescripción de las mesadas pensionales adeudadas, aseguró que este fenómeno no se configuró debido a que en el proceso se demostró que la demandante presentó la reclamación administrativa sobre su derecho pensional el 7 de febrero de 2013 y la fecha de exigibilidad de la prestación ocurrió el 24 de diciembre de 2011. Bajo este entendido encontró que no habían transcurrido los 3 años previstos normativamente para la ocurrencia de la mentada figura.

Acorde con los anteriores razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia que se resume así: i) declaró probada la excepción de falta de

legitimación en la causa propuesta por la Fiduciaria La Previsora S.A. y no probadas las demás de las otras entidades demandadas; ii) declaró la nulidad del acto administrativo cuestionado; iii) ordenó al FNPSM reconocer y pagar a la libelista la pensión de jubilación a partir del 24 de diciembre de 2011, liquidada en un 75% de todos los factores salariales devengados por esta durante el último año de prestación de servicios. Además condenó al Departamento de Arauca a concurrir en el pago de la pensión a través de la realización de los aportes correspondientes al mentado fondo, puntualmente en lo relacionado con el período en el que la demandante estuvo vinculada como docente contratista; iv) conminó al FNPSM a cancelar la pensión en comento una vez se verifique el retiro definitivo del servicio por parte de la docente y actualizada conforme al IPC; v) autorizó al FNPSM a descontar los montos pertinentes por concepto de aportes a pensión sobre los factores incluidos para efectos de liquidación de la prestación que no hubiesen sido objeto de lo propio en su momento; y vi) condenó en costas a la parte demandada y vinculada, para lo cual fijó las agencias en derecho en un 5% de las pretensiones accedidas.

RECURSO DE APELACIÓN (Folios 231 a 243)

El **Departamento de Arauca** formuló recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente y solicitó que ésta sea revocada. Para ello argumentó que no le asiste ninguna responsabilidad, toda vez que no es la entidad que debe comprometer sus recursos para el pago de pensiones, ni decide de fondo sobre el reconocimiento de estas a favor de los docentes.

Añadió que conforme al Decreto 2831 de 2005, los actos administrativos que expiden las entidades territoriales requieren la aprobación de la entidad fiduciaria que administra los recursos del FNPSM, por lo que las Secretarías de Educación certificadas son simples tramitadoras en este tipo de actuaciones, mientras que la Fiduprevisora S.A. es la encargada de asumir la respectiva carga prestacional. Igualmente solicitó la revocatoria de la condena en costas impuestas a su cargo en calidad de vinculada, en tanto no se demostró que su conducta haya sido realizada fuera del contexto jurídico, bien sea por acción u omisión, la cual justificara la carga impuesta. Aunado a ello indicó que dicha decisión adoptada por el *a quo* no fue debidamente motivada en la sentencia impugnada tal como lo ordena el artículo 187 del CPACA, más aún cuando el presunto daño causado en este proceso fue originado por otra entidad como lo es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sobre la condena al pago de las cotizaciones a pensión de la demandante respecto del tiempo durante el cual esta estuvo vinculada con el Departamento de Arauca, manifestó que en ese lapso la relación surgió a través de contratos de prestación de servicios o soluciones educativas, por lo que en atención a la naturaleza de estos convenios, a la entidad territorial no le correspondía efectuar aportes al SGSS en virtud de la ausencia de una relación laboral. Planteó que en todo caso, al tribunal de primera instancia no le estaba permitido declarar lo contrario, debido a que se trataba de una situación que no había sido debatida en sede administrativa, prejudicial ni judicial, e incluso no fue reconocida y decretada de tal forma por alguna autoridad competente. Aseguró además que al no haberse desvirtuado la naturaleza de la relación inicial con la docente, aquella era la que estaba obligada como contratista a cotizar directamente al FNPSM.

Adicionalmente refirió que la Ley 33 de 1985 es inequívoca en señalar que sus preceptos solo son aplicables a los empleados oficiales, calidad que la libelista adquirió desde el 15 de junio de 1995 cuando fue nombrada y tomó posesión del

cargo de docente. Por ello argumentó que debía descartarse el hecho de que la señora Loyo de Arrieta durante su vinculación mediante contratos de prestación de servicios hubiese adquirido el estatus de empleada pública, de manera que únicamente a partir de la fecha en comento podía computarse el tiempo requerido por la norma en cita para adquirir el derecho pensional deprecado, lo cual no le permite cumplir con tal exigencia.

Finalmente aseguró que el *a quo* incurrió en un error de tipo procesal y sustancial al haberse pronunciado sobre una decisión como la legitimación en la causa de la Fiduprevisora S.A., puesto que lo propio ya había sido decidido al momento de resolver las excepciones previas en el sentido de advertir la necesidad de mantenerla vinculada a la actuación al haber concurrido en la creación del acto administrativo demandado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal según la constancia secretarial visible a folio 275 del plenario.

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 el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en la respectiva alzada. En el presente caso solo presentó recurso de apelación del Departamento de Arauca.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿El período durante el cual la demandante se desempeñó como docente a través de contratos de prestación de servicios celebrados con el Departamento de Arauca, puede considerarse desarrollado en virtud de una relación laboral en lugar de contractual, al punto de habilitarse su cómputo para acreditar el requisito del tiempo de servicio de 20 años de que trata el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, ello a fin de obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación?

En caso afirmativo,

2. ¿El Departamento de Arauca es responsable concurrente con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el pago de la pensión de jubilación a favor de la demandante?, o en su lugar, ¿el ente territorial demandado solo debe realizar las cotizaciones al referido fondo respecto de la señora Loyo de Arrieta por el lapso en el que esta fungió como docente contratista en razón de la configuración de una relación laboral?
3. ¿Procedía la condena en costas de primera instancia impuesta al Departamento de Arauca?

Primer problema jurídico

¿El período durante el cual la demandante se desempeñó como docente a través de contratos de prestación de servicios celebrados con el Departamento de Arauca, puede considerarse desarrollado en virtud de una relación laboral en lugar de contractual, al punto de habilitarse su cómputo para acreditar el requisito del tiempo de servicio de 20 años de que trata el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, ello a fin de obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: En efecto, el tiempo a lo largo del cual la libelista cumplió actividades como educadora del Departamento de Arauca a través de contratos de prestación de servicios, debe ser considerado como un período durante el cual existió una relación laboral entre las partes por el desempeño material de funciones como docente oficial, esto para efectos exclusivamente pensionales conforme al litigio planteado, lo cual consolida su derecho a percibir la prestación deprecada, tal como se explica a continuación:

- **Sobre la supuesta falta de declaración previa de existencia de una relación laboral encubierta como requisito para computar el período correspondiente en materia pensional**

En primer lugar, se destaca el hecho de que uno de los reparos puntuales de la parte apelante contra el fallo impugnado, consiste en que no se puede dar por hecho la existencia de una relación laboral con la libelista mientras ello no haya sido debatido y declarado así anticipadamente por una autoridad competente. Al respecto afirmó que en el presente proceso, dicha situación no fue, ni podía ser objeto de análisis, habida cuenta de que tampoco era materia de fundamentación en la demanda.

En este sentido, consideró que en la medida en que no se desvirtúa el vínculo contractual creado entre las partes para la prestación de un servicio docente, no puede alegarse que le asiste responsabilidad a la entidad territorial en lo atinente al pago de cotizaciones para pensión y mucho menos para el reconocimiento y asunción económica de aquella prestación.

Pues bien, contrario a lo señalado por el Departamento de Arauca, lo cierto es que en el *sub lite* resulta evidente que la parte activa solicitó de forma expresa la declaratoria de existencia de una relación laboral sostenida con aquella autoridad. Esto fue planteado en orden de contabilizar el período de servicio prestado bajo ese vínculo dentro del requisito temporal de la Ley 33 de 1985, y por consiguiente obtener el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación. Sobre el particular se transcribe la pretensión segunda de la demanda (ver folio 2), la cual engloba lo referido de la siguiente forma:

«[...] **SEGUNDA.-** En armonía con la Sentencia C- 555 de diciembre de 1994, proferida por la honorable Corte Constitucional y la línea jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado, DECLARAR que en el tiempo laborado por la señora **CARMEN GABRIELA LOYO DE ARRIETA** al servicio del <Departamento (sic) de Arauca desde el 13 de enero de 1988 al 13 de junio de 1995, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios docentes – Soluciones Educativas, subyacen los elementos propios de la relación laboral, en consecuencia, dicho período debe contabilizarse para completar los veinte (20) años de trabajo que exige la ley 33 de 1985 para configurar la pensión de jubilación.» (Negrilla y mayúscula del texto original).

De acuerdo con el anunciado pedimento de la parte demandante, era notoria la necesidad de que una arista del debate jurídico en el *sub iudice* se centrara en

verificar la configuración o no de una relación laboral con efectos pensionales. Este planteamiento fue tan claro que al momento de contestar la demanda, la entidad territorial vinculada se opuso a aquel (folio 73), por lo que en la oportunidad de la fijación del litigio, el *a quo* específicamente concluyó que el referido aspecto constituiría objeto de controversia, postulado sobre el cual las partes estuvieron de acuerdo (folios 134 a 136).

Bajo este entendido, no halla sustento la afirmación de la autoridad recurrente relativa a que no hubo formulación de la mentada pretensión en la demanda y que el supuesto fáctico que la respalda tampoco fue debatido. Sobre el punto solo basta revisar la sentencia de primera instancia que postula la temática aludida como uno de los problemas jurídicos a resolver³ y que dedica un acápite a desarrollarlo tanto argumentativa como probatoriamente (folios 217 a 221).

Ello se evidencia toda vez que el tribunal de primera instancia concluyó que en el asunto de marras, se desnaturalizó el vínculo contractual inicial con el que la libelista se desempeñó como docente, y asimismo se tornó en una relación laboral cuyo período tenía que ser computado para efectos pensionales, lo cual ahora es precisamente materia de apelación.

En suma, estimar como lo hace el Departamento de Arauca que en el presente caso debió acreditarse una decisión administrativa o judicial previa a la presentación de la demanda, que declarara la estructuración de una relación laboral entre la señora Loyo de Arrieta y el ente territorial, carece de solidez como postulado de defensa tendiente a salvar responsabilidad de cara al litigio en concreto. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la pretensión bajo examen tiene una intelección particular que se distorsiona en alguna medida respecto de la acostumbrada solicitud de declaratoria del denominado «contrato realidad».

Para el caso de la referencia, es necesario aclarar que lo deprecado puntualmente como declaración, además de la nulidad del acto administrativo cuestionado, es que se considere el tiempo de servicio prestado por la libelista como docente en el Departamento de Arauca por medio de soluciones educativas⁴, como un período computable con el desempeñado en razón de una vinculación legal y reglamentaria posterior en calidad formal de educadora oficial, debido a que el primer lapso aludido cumplía las características propias de una relación laboral que tendría que repercutir en su situación jurídica pensional.

Con base en estos planteamientos se observa que, en síntesis, lo pretendido en el *sub examine* es la declaratoria de configuración de una relación laboral subrepticia derivada de la celebración de sendos contratos de prestación de servicio, pero solo con efectos directos en lo atinente al reconocimiento pensional de la libelista como docente oficial. Es decir, no se busca adicionalmente el pago de otro tipo de prestaciones derivadas de tal hecho, ni la concesión de la calidad de empleada pública con sus respectivos derechos.

Por lo tanto, dicho pedimento no es excluyente sino congruente y susceptible de decisión en esta causa judicial, ante la procedencia de la figura procesal de la acumulación de pretensiones conforme al artículo 165 del CPACA, en la medida

³ Ver folios 214 a 215, en el que sobre el problema jurídico, el *a quo* indicó: «[...] Pasará la Sala a resolver el presente asunto, para lo cual es importante precisar, si los contratos de prestación de servicios celebrados por el Departamento de Arauca y la demandante se desnaturalizaron y como consecuencia, se debe tener en cuenta para efectos de la cotización a pensión el tiempo de servicios como contratista, para por último, dilucidar si se reúnen los requisitos consagrados en la Ley 33 de 1985 para el reconocimiento y pago de la jubilación (sic).»

⁴ Entiéndase contratos de prestación de servicios según constancia visible a folio 15 del plenario.

en que se satisfacen las exigencias previstas en dicha norma, especialmente la relativa a la intrínseca y estrecha relación entre la solicitud de declaratoria de configuración de un vínculo laboral con lo deprecado a manera de restablecimiento que es puntualmente la consolidación de una pensión ordinaria de jubilación a favor de la señora Carmen Gabriela Loyo de Arrieta, con base en el cómputo del tiempo de servicio derivado del mentado nexo de trabajo.

➤ **Calidad de docente oficial de la demandante y la consecuente configuración de una relación laboral**

Pues bien, sobre el particular la parte apelante esgrime que el nombramiento formal de la libelista como docente del magisterio oficial, solo ocurrió hasta el 15 de junio de 1995 en virtud del Decreto 633 de la misma fecha, por lo que no era viable incluir períodos diferentes ejecutados en virtud de contratos de prestación de servicios para la verificación del requisito temporal tendiente al reconocimiento de una pensión de jubilación.

Por su parte, la señora Loyo de Arrieta aduce que a pesar de este hecho, lo cierto es que el desempeño de sus funciones como educadora en el Departamento de Arauca, tuvo lugar desde el 13 de enero de 1988 por medio de soluciones educativas como fueron denominadas por la entidad territorial, las cuales ocultaban una verdadera relación laboral.

Al respecto, el material probatorio allegado a la actuación que permitiría definir este debate es el siguiente:

- i) Constancias emitidas por el área de talento humano de la Secretaría de Educación de la Gobernación de Arauca (folio 15), en las que se especifica que la demandante prestó sus servicios «[...] por el Sistema de Soluciones Educativas Departamentales, así:

Que (sic) mediante Orden de Trabajo del 13 de enero de 1988, como docente en la escuela Inocencio Chincá del municipio de Tame, desde el 15 de febrero hasta el 30 de noviembre de 1988.

Que (sic) mediante Orden de Trabajo No. 0303 del 9 de febrero de 1989, como docente en la escuela Inocencio Chincá del municipio de Tame, desde el 1 de febrero hasta el 30 de noviembre de 1989.

Que (sic) mediante constancia No. 7453 de fecha 4 de julio de 2001, como docente en la escuela Inocencio Chincá del municipio de Tame, desde el 1 de febrero hasta el 30 de noviembre de 1990, desde el 1 de febrero hasta el 30 de noviembre de 1991, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 1992, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 1993, firmado por el Coordinador de Nómina de Docentes Secretaría de la Cultura, Educación y el Deporte Elmer González Miller.

Que (sic) mediante Contrato de Prestación de Servicios No. 0001119, como docente en la escuela Inocencio Chincá del municipio de Tame desde el 1 de marzo (sic) hasta el 31 de diciembre de 1994.

Que (sic) mediante Contrato de Prestación de Servicios No. 0004098, como docente en la escuela Inocencio Chincá del municipio de Tame desde el 1 de marzo (sic) hasta el 13 de junio de 1995.

NOTA: Se le informa 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 relación laboral alguna.» (Negrilla y mayúscula originales).

- ii) Contrato de prestación de servicios n.º 0003-006 suscrito entre otra docente y el Departamento de Arauca, con fecha del 1.º de marzo de 1993 y una duración de 10 meses (folio 155), pero en todo caso celebrado en el marco del programa de soluciones educativas al cual pertenecía la demandante según la constancia precitada, a través del cual se verifica en la cláusula segunda que su objeto es el siguiente: «[...] EL CONTRATISTA se obliga para con EL CONTRATANTE a desempeñar con eficiencia las labores educativas acorde con los planes y programas que determine el Ministerio de Educación Nacional, como también aceptar la supervisión, orientación y consejería que le brinde el Supervisor del nivel y las autoridades educativas regionales». A su turno la cláusula tercera señala: «[...] Este contrato dará derecho preferencial a los docentes, siempre y cuando reúnan los requisitos de la carrera docente y a que se les vincule, cuando entre en plena vigencia la Ley General de Educación, para lo cual será tenido en cuenta por la Secretaría de Educación Departamental.» (Mayúscula conforme a la transcripción).
- iii) Decreto 633 del 15 de junio de 1995 (folio 92) y formato único para la expedición de certificado de historia laboral (folios 89 a 91), en los que se informa que la demandante fue nombrada como docente del Departamento de Arauca en virtud del mentado acto administrativo, para lo cual tomó posesión en esa misma fecha.

A partir de lo expuesto, se observa en el *sub examine* que la señora Loyo de Arrieta se desempeñó como docente del Departamento de Arauca desde el 13 de enero de 1988 hasta el 13 de junio de 1995 en diferentes intervalos, ello a través de sendos contratos de prestación de servicios.

Por otro lado, se destaca que la libelista igualmente ha ejercido labores como servidora pública en calidad de docente oficial vinculada directamente con el ente territorial, luego de ser nombrada en propiedad y haber tomado posesión del cargo desde el 15 de junio de 1995. Durante este último período no existe duda de la configuración de una relación legal y reglamentaria con el Estado en calidad de educadora.

Ahora, si bien no se niega la existencia de los referidos contratos de prestación de servicios y órdenes de servicios celebrados entre la demandante y el Departamento de Arauca, lo cierto es que tal hecho de ninguna manera implica asumir que la calidad de las actividades desarrolladas por la primera, fue otra diferente a la de una docente oficial propiamente dicha, esto al margen de que no se hubiese declarado la existencia de una relación laboral en su momento.

En el caso *sub lite* resulta aun más ostensible lo asegurado, si se tiene en cuenta que el vínculo en comento se desarrolló en el marco del programa de soluciones educativas de la autoridad en comento, el cual como se aprecia del contrato de prestación de servicios 0003-006 (folio 155), tenía como objeto la ejecución específica de labores inherentes a personal del magisterio.

Esto en la medida en que la «contratista» (como en su oportunidad lo fue la demandante), debía ejercer realmente un cargo como maestra pero sometida a las directrices, planes y programas fijados por el Ministerio de Educación Nacional (cláusula segunda), aunado a que tenía que acreditar los requisitos propios de los

empleados públicos de la carrera administrativa docente para posteriormente ser nombrada en propiedad en dicho cargo (cláusula tercera).

Hasta este punto, tanto lo probado en la actuación como la sola naturaleza de las funciones ejercidas por la demandante durante el tiempo que celebró contratos de prestación de servicios con la parte apelante, dan cuenta de que en observancia del principio de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 Constitucional y sin necesidad de concederle la calidad de empleada pública *per se*, aquella sí puede ser considerada como una docente oficial a lo largo del lapso aludido en virtud de la etimología propia de dicha ocupación⁵. Por este motivo, también es válido estimar que efectivamente el período precitado corresponde al de una relación de trabajo, en tanto se consolidaron sus elementos constitutivos, así como lo concluyó el *a quo*.

En punto a aquel postulado, se destaca que no existe duda sobre la prestación personal del servicio por parte de la señora Loyo de Arrieta, al igual que la remuneración que esta percibió por ello, debido a la sola esencia del acto jurídico celebrado que así lo previó por ser ese el fin de la bilateralidad que lo caracteriza. Ahora bien, la subordinación y dependencia se verifica en igual medida a partir del propio esquema de «soluciones educativas», así como de la noción de docente estatal, habida cuenta de la falta de autonomía y discrecionalidad que se predica inexpugnablemente en el desarrollo de esta actividad, por la consecuente sujeción de quien desempeña tal cargo a una política pública educativa y a unos lineamientos revisados, controlados y materializados en órdenes de un superior que distan de la autonomía concebida para los contratos de prestación de servicios.

Lo expuesto halla respaldo para asuntos como el de marras, en la sentencia de unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado⁶, en la que se precisó lo siguiente:

«[...] 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 manera de colofón de estas precisiones, la Subsección encuentra ajustada a la realidad jurídica y jurisprudencial del caso, el haber advertido y decretado la existencia de una relación laboral entre la demandante y el Departamento de Arauca por el tiempo que tuvieron vigencia los contratos de prestación de servicios celebrados entre estos. No obstante, debe resaltarse como se adujo en el acápite anterior, que tanto las pretensiones formuladas, así como el litigio

⁵ Posición que ha sido desarrollada por esta Subsección en providencia relativa a un caso de reliquidación pensional de una docente con acumulación de tiempos derivados de contratos de prestación de servicios con una entidad territorial. Para tal efecto ver la sentencia del 18 de noviembre de 2020 proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en el proceso con radicado: 66001-23-33-000-2016-00082-01 (4676-2017).

⁶ 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).

fijado, limitaron las consecuencias de la referida situación, solo a los efectos pensionales que su declaración conlleva, y no al reconocimiento de otro tipo de prestaciones o derechos derivados de un vínculo laboral asimilable al legal y reglamentario que detentan los docentes oficiales, pues se reitera, ello no había sido materia de discusión.

En suma, para el caso *sub iudice* la decisión de primera instancia únicamente implica 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, sobre el cual efectivamente debieron efectuarse las respectivas cotizaciones.

Bajo esta línea de intelección y concretamente en lo referente al marco normativo aplicable para verificar los requisitos y los criterios de liquidación de la pensión en litigio, debe tenerse en cuenta que tal aspecto no fue objeto de apelación por parte del Departamento de Arauca y menos por la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien no recurrió la sentencia de primera instancia.

Por lo expuesto, la Sala en virtud de su competencia como *ad quem*, no podrá adentrarse en el análisis del régimen propio del presente asunto, sino que se circunscribirá al examen de cumplimiento de las exigencias consagradas en la Ley 33 de 1985 para consolidar el derecho prestacional, pues esta fue la norma considerada por el tribunal como regulatoria del caso, respecto de la cual además no existe reparo impugnativo.

Con la claridad frente a los planteamientos descritos, se observa que al computar el tiempo de servicio de la demandante como «contratista» en calidad de docente oficial bajo un vínculo de trabajo oculto según lo esbozado anteriormente, en adición al período desempeñado formalmente como empleada pública nombrada y posesionada, y luego de verificar el cumplimiento del requisito etario del artículo 1.º de la norma *ejusdem*, se infiere que aquella efectivamente tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación deprecada, tal como se precisa a continuación:

REQUISITOS PENSIÓN DE JUBILACIÓN LEY 33 DE 1985		
Texto de la norma	Verificación de requisitos legales	Conclusión
«ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que	<p>Edad: Cumplió 55 años el 24 de diciembre de 2011, puesto que nació el 24 de diciembre de 1956⁷.</p> <p>Tiempo de servicios: La libelista se desempeñó como docente oficial bajo una relación laboral encubierta por contratos de prestación de servicios del 15 de febrero al 30 de noviembre de 1988, del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1989 y en el mismo lapso para los años 1990 y 1991, posteriormente lo propio ocurrió del 1.º de enero al 31 de diciembre de 1992 y de 1993. Del mismo modo prestó el servicio aludido bajo dicha modalidad desde el 1.º de marzo al 31 de diciembre de 1994 y del 1.º de marzo al 15 de junio de 1995⁸, esto para un total de 6 años y 5 meses de período computable.</p>	La demandante acreditó los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985, esto es, más de 20 años de servicio público y 55 años de edad.

⁷ Según copia del registro civil de nacimiento obrante a folio 14 del expediente.

⁸ Conforme a las constancias emitidas por el área de talento humano de la Secretaría de Educación de la Gobernación de Arauca (folios 15 y 160).

sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.»	<p>Adicionalmente, la señora Loyo de Arrieta ejerció funciones como docente oficial nombrada y posesionada directamente con el Departamento de Arauca desde el 15 de junio de 1995⁹ y al menos hasta el 9 de julio de 2013 que corresponde a la fecha de presentación de la demanda¹⁰, en la que se afirma que seguía vinculada al servicio activo. Esto para un total de 18 años de tiempo de servicio.</p> <p>Al 24 de diciembre de 2011 cuando adquirió el estatus jurídico de pensionada por edad (debido a que los 20 años de servicio los cumplió en enero de 2009), la demandante tenía acumulados más de 23 años de servicio.</p>	
---	---	--

En conclusión: a lo largo del período en el que la demandante se desempeñó como docente del Departamento de Arauca vinculada mediante contratos de prestación de servicios, efectivamente se consolidó una relación de trabajo que para efectos pensionales como esta lo deprecó en la demanda y como fue fijado al momento de determinar el litigio, conlleva el imperioso cómputo de dicho lapso en el cálculo del tiempo de servicio acumulado de 20 años que se prevé como requisito para acceder a la pensión de jubilación conforme el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, ello sin que hubiese sido necesario la declaratoria administrativa o judicial previa de tal situación. Bajo este entendido y luego de verificar el cumplimiento de las exigencias de la norma en cita, se encuentra que la libelista sí consolidó el derecho a la referida prestación, tal como lo estimó el *a quo*.

Segundo problema jurídico

¿El Departamento de Arauca es responsable concurrente con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el pago de la pensión de jubilación a favor de la demandante?, o en su lugar, ¿el ente territorial demandado solo debe realizar las cotizaciones al referido fondo respecto de la señora Loyo de Arrieta por el lapso en el que esta fungió como docente contratista en razón de la configuración de una relación laboral?

Debido a la respuesta afirmativa del primer cuestionamiento, es adecuado absolver el precitado interrogante frente al cual la Subsección sostendrá la siguiente tesis: la entidad territorial vinculada no debe ser condenada al pago concurrente de la pensión de jubilación a favor de la demandante, sino únicamente al reconocimiento y giro de los aportes por dicho concepto en su debida proporción al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por el período durante el cual se configuró una relación laboral entre el departamento y la libelista, tal como se expone a continuación:

➤ Sobre la concurrencia del Departamento de Arauca en el pago de la pensión a cargo del FNPSM

Inicialmente se advierte que el reparo puntual de la autoridad apelante sobre la condena en primera instancia referente al reconocimiento de la pensión de jubilación a favor de la libelista, lo fundamentó en que no debe concurrir en el pago de la prestación como fue ordenado, debido a que no es la entidad que

⁹ De acuerdo al Decreto 633 del 15 de junio de 1995 (folio 92) y formato único para la expedición de certificado de historia laboral (folios 89 a 91).

¹⁰ Ver sello de radicación y presentación personal de la demanda a folio 10 vuelto del expediente.

compromete sus recursos ni decide de fondo la concesión de estos derechos, al ser solo un agente operativo y no decisivo en el trámite de la actuación.

Al respecto el Consejo de Estado¹¹ ha señalado en reiteradas oportunidades que la entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes, únicamente es la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En efecto, los artículos 4 y 5 de la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989 indican:

«[...] **Artículo 4.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

«[...] **Artículo 5.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado [...]»

La citada norma señaló que quedarían automáticamente afiliados al fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de su promulgación, esto es, el 29 de diciembre de 1989, así como el personal vinculado con posterioridad, siempre que cumplieran los requisitos de afiliación de naturaleza formal y económica. Esto debido al proceso de nacionalización de la educación oficial llevado a cabo mediante la Ley 43 de 1975.

Por su parte, respecto del manejo de los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, reguló que para tal efecto el Gobierno Nacional suscribiría un contrato de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria de naturaleza estatal o de economía mixta la cual se encargaría de ello. Textualmente, señaló:

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

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 14 de febrero de 2013, número interno 1048 de 2012.

Con posterioridad, el presidente de la República mediante Decreto 1775 del 3 de agosto de 1990, en sus artículos 5 a 8, reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la siguiente manera:

«[...] **Artículo 5º** Recepción de solicitudes. Las solicitudes relacionadas con el reconocimiento y pago de prestaciones económicas del Magisterio, serán radicadas en la oficina de prestaciones sociales de cada Fondo Educativo Regional.

La documentación sólo será radicada si llena los requisitos establecidos en las normas reglamentarias.

Artículo 6º Estudio de solicitudes. Una vez radicada la solicitud, la oficina de prestaciones sociales de cada Fondo Educativo Regional, procederá a realizar el estudio de la documentación.

Artículo 7º Liquidación. Realizado el estudio de la documentación, se procederá a efectuar la liquidación respectiva con el visto bueno de la entidad fiduciaria.

Artículo 8º Reconocimiento. Efectuada la liquidación, el delegado permanente del Ministerio ante el Fondo Educativo Regional, expedirá la resolución de reconocimiento. [...]». (Subrayas fuera del texto original).

Por lo tanto, puede afirmarse que en los actos administrativos en los que se reconocen prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es a la fiduciaria que lo administra la que le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución. Lo expuesto en virtud de los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

En suma, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien debe cancelar las sumas y emolumentos que se pagan a los docentes afiliados a este y no las entidades territoriales certificadas a las cuales pertenece dicho personal, tal como se reitera en la línea de interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹². Este postulado se sintetiza en que las consecuencias económicas que se derivan de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración funcional radicada en los entes certificados, se consolidan única y exclusivamente bajo la responsabilidad de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, FNPSM.

Como sustento de lo afirmado, es destacable el hecho de que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, (el cual fue derogado por la Ley 1955 de 2019¹³, y posteriormente modificado por el artículo 57¹⁴ *ejusdem*), señala que las pensiones de los docentes oficiales serán reconocidas y pagadas por el aludido fondo

¹² En las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (i) de la subsección A: del 2 de julio de 2015, expediente: 25000-23-25-000-2012-00262-01(0836-13); del 12 de julio de 2017, expediente: 08001-23-33-000-2012-00400-01(1874-14), (ii) de la subsección B: del 5 de diciembre de 2013, expediente: 25000-23-25-000-2009-00467-01(2769-12); del 10 de julio de 2014, expediente: 05001233100020050421801 (2713-2013); sentencias del 8 de septiembre de 2016, expediente: 15001-23-33-000-2013-00082-01(1530-14) y del 15 de noviembre de 2017, expediente: 41001-23-33-000-2015-00686-01(4155-16).

¹³ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

¹⁴ «[...] ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

[...]

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial. [...]»

mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien la administre, el cual en todo caso debe ser elaborado por el secretario de educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente.

Empero, a pesar de la referida conjugación de intervinientes en el íter administrativo descrito, resulta imperioso precisar que ello no despoja a la mentada entidad de previsión de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los educadores estatales, aun ante la suscripción de encargos fiduciarios para la administración y pago material de tales prestaciones, pues ello es constitutivo de una situación externa que determina un procedimiento para materializar un derecho, pero no desplaza las obligaciones impuestas legalmente a una autoridad para garantizarlo.

Por lo expuesto, es posible asentir que frente a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en efecto existe una legitimación material en la causa por pasiva que la conmina, no solo a estar vinculada al presente proceso, sino a responder por el reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación a que tiene derecho la demandante al estar dicha obligación dentro de su competencia y rango de funciones constitucional y legalmente previstas.

A contrario sensu, tal como lo esgrimió el Departamento de Arauca en su recurso de apelación, este no es responsable ni se encuentra legitimado para asumir la carga económica de la referida prestación, así como tampoco para concurrir parcialmente en ella, debido a que su actuar de trámite en la actuación administrativa no lo sujeta a lo decidido y menos a sus efectos cuando ello normativamente está asignado al FNPSM en virtud de su naturaleza jurídica.

Lo propio habrá de indicarse en punto a la vinculación al proceso de la Fiduciaria La Previsora S.A., en contradicción al motivo de inconformidad de la entidad territorial esbozado en la alzada cuando alegó que el juez de primera instancia no podía haberse pronunciado sobre el particular en el fallo, puesto que este análisis ya se había efectuado al momento de resolver las excepciones previas.

Si bien el *a quo* en el estadio de la audiencia inicial relacionado con dichos medios de defensa declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad fiduciaria en comento, lo cierto es que aquella decisión se adoptó desde la perspectiva formal y no material como doctrinaria y jurisprudencialmente se ha planteado que se divide la legitimidad de las partes procesales, esto es, la primera arista basada en la condición y factibilidad para intervenir en una causa judicial, y la segunda relacionada con la virtualidad para reclamar un derecho (causa por activa) o para responder por este (causa por pasiva).

Se observa entonces que el examen jurídico efectuado en el fallo impugnado acerca de la Fiduciaria La Previsora S.A., fue material, es decir, de fondo y relativo a su margen de responsabilidad ante las pretensiones de la demanda, mientras que el elaborado en la etapa del artículo 180 del CPACA, fue formal relacionado con la posibilidad de ser vinculada en aras de mantenerla vinculada al proceso, solo por haber intervenido en la actuación administrativa. Como se evidencia, estas consideraciones no generan una contrariedad ni impiden emitir pronunciamientos separados, de suerte que el argumento de apelación en este aspecto carece de fundamento para recovar esa parte del fallo como lo instó el Departamento de Arauca.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, y con la claridad de que la entidad territorial vinculada no debe ser condenada al pago concurrente de la pensión de jubilación objeto del litigio, sí debe destacarse que la orden específica de la sentencia respecto de dicha autoridad en el ordinal cuarto es: «[...] que el Departamento de Arauca concorra al pago de la pensión, realizando los aportes correspondientes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo que (sic) atinente a las sumas que le corresponde aportar.» (ver folio 227).

A partir de este planteamiento, estima la Subsección que en todo caso, una vez enervada la responsabilidad de la parte apelante en cuanto al reconocimiento concurrente de la pensión debatida, es menester validar también la procedencia de la condena en su contra inherente al pago a favor del FNPSM de las cotizaciones a pensión a nombre de la demandante por el período durante el cual esta se desempeñó como docente mediante contratos de prestación de servicios, de acuerdo con las previsiones del artículo 8.º de la Ley 91 de 1989¹⁵, artículo 81, inciso 4.º de la Ley 812 de 2003¹⁶, así como los artículos 9 y 10 del Decreto 3752 de 2003¹⁷.

➤ **Del giro de los aportes a pensión ante la declaratoria de existencia de una relación laboral**

En este aspecto, el Departamento de Arauca manifestó su inconformidad basado en la supuesta falta de pronunciamiento administrativo o judicial previo que tuviera

¹⁵ «Artículo 8º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.
2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.
3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.
4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes. [...]

¹⁶ «ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. [...] El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones. [...]»

¹⁷ «Artículo 9º. *Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.* La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8º del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

Parágrafo 1º. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

Parágrafo 2º. Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

Artículo 10. *Giro de los aportes.* El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.»

por desvirtuado el nexo contractual que sostuvo con la demandante a través de «soluciones educativas»¹⁸. Aunado a ello señaló que a pesar de dicha omisión, no era viable efectuar pronunciamiento sobre este punto, en la medida en que no había sido objeto de pretensión ni del litigio propiamente dicho.

Pues bien, contrario a esta postura, tal como se advirtió en el desarrollo del primer problema jurídico, en el *sub examine* no solo se pretendió con la demanda la declaratoria de una relación laboral subrepticia, sino que además esta tuviera efectos en lo referente al reconocimiento de una pensión de jubilación. Como se adujo en dicho aparte, la calidad de docente oficial derivada de las actividades contratadas y ejercidas por la libelista, permitieron tener por configurados los elementos esenciales de un verdadero vínculo de trabajo entre esta y la entidad territorial.

Lo anterior necesariamente conlleva la consolidación de los derechos y obligaciones que le son inherentes, los cuales en esta oportunidad, debido a la formulación del litigio, solo se deprecaron y contraen a la estructuración de una situación jurídica pensional. Esta a su vez se circunscribe entonces en el derecho al pago de una pensión de jubilación por cumplimiento de los requisitos normativos para tal efecto y adicionalmente a la obligación de girar a la entidad de previsión responsable, los respectivos aportes que financian y justifican dicha prestación por el tiempo que se omitieron en virtud de la relación contractual simulada.

A la referida conclusión se arribó en virtud de los lineamientos de unificación jurisprudencial que se desarrollaron en la sentencia CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado¹⁹, a partir de la cual se fijaron los criterios de interpretación y reglas jurídicas en los casos de docentes oficiales vinculados por medio de contratos de prestación de servicios como es el de la señora Loyo de Arrieta. Particularmente acerca del pago de los aportes a pensión derivados de la declaratoria de existencia de una relación laboral, la providencia en comento precisó lo siguiente:

«[...] En este orden de ideas, 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), 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 laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo. [...]

Igualmente, en atención a que el derecho a una pensión redundante en la calidad de vida de aquella persona que entregó al Estado su fuerza de trabajo en aras de su propia subsistencia, e incluso de la de su familia, tanto para recibir una contraprestación por su servicio como para llegar a obtener beneficios que cubran contingencias derivadas de la vejez o invalidez, el juez contencioso deberá estudiar en todas las demandas en las que proceda el reconocimiento de una relación laboral (contrato realidad), así no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones debidas por la Administración al sistema de seguridad social en pensiones, pues si bien es cierto que la justicia contencioso administrativa es rogada, es decir, que el demandante tiene la carga procesal de

¹⁸ Entiéndase contratos de prestación de servicios.

¹⁹ 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).

individualizar las pretensiones condenatorias o declaratorias (diferentes a la anulación del acto) con claridad y precisión en el texto de la demanda respecto de las cuales el juez deberá pronunciarse en la sentencia (principio de congruencia), también lo es que este mandato legal debe ceder a los postulados superiores, cuanto más respecto de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social, puesto que "*La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores*" (artículo 48 de la C.P.), como extremo débil de la relación laboral, que imponen a las autoridades estatales la obligación de adoptar medidas tendientes a su protección efectiva, ya que sería mayor el menoscabo para la persona cuando llegare a acceder a un derecho pensional (sea por vejez o invalidez) con un monto que no reconoce la fuerza laboral que entregó a su empleador, frente a los demás que sí obtuvieron todos los beneficios a los que se tiene derecho en un contrato de trabajo (principio de proporcionalidad).

Lo anterior, además por cuanto al hallarse involucrados derechos de linaje constitucional fundamental, ha de privilegiarse el principio de *iura novit curia*, en virtud del cual al juez le incumbe aplicar el derecho pese a que este sea diferente al invocado por las partes, pues es su deber estudiar el asunto de acuerdo con los hechos y el derecho vigente, por lo que se insiste en que el juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, en tanto que aquellos derechos son de aplicación judicial inmediata y evidenciada su vulneración, en aras de su prevalencia sobre el derecho procesal, habrán de adoptarse las medidas jurídicas necesarias para su restablecimiento, lo cual encuentra respaldo en lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia C-197 de 1999, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, en el sentido de que "*... cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación*", por lo cual lo anotado no implica la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador a favor de quien se ha declarado la existencia de una relación laboral con la Administración. [...]

Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional [...]». (Cursiva conforme a la transcripción y subrayado fuera de texto).

De conformidad con este claro apartado jurisprudencial de obligatoria observancia, la Sala encuentra que a pesar de no haberse instado en la demanda explícitamente el giro al FNPSM de las cotizaciones por concepto de pensión de la demandante, es perentorio pronunciarse al respecto en la sentencia, tal como lo hizo el *a quo*, más aun cuando la pretensión declaratoria de la relación laboral buscaba precisamente el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación. Como se adujo en la providencia citada, la determinación sobre los aportes en comento es indispensable en tanto repercuten directamente en la liquidación, sostenibilidad y eficacia de la prestación reclamada en procura además del equilibrio financiero del sistema.

Ahora, en cuanto a la autoridad obligada a realizar el pago de los mentados conceptos, la misma intelección de la jurisprudencia aludida y la sola

interpretación de los efectos consecuentes de la configuración de una relación laboral, dictan que el sujeto responsable de tal carga inexorablemente debe ser quien encubrió dicho vínculo de trabajo a través de contratos de prestación de servicios, el cual para el asunto de marras es efectivamente el Departamento de Arauca como se precisó en el primer problema jurídico.

Además 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 le habrían correspondido durante el período en el que se ocultó la relación laboral, a fin de que la entidad de previsión respectiva pueda pagar sin detrimento patrimonial la prestación reconocida.

En el caso particular se observa que la libelista se desempeñó formalmente como docente para la entidad territorial vinculada por medio de contratos de prestación de servicios celebrados de manera interrumpida durante el período comprendido entre el 15 de febrero de 1988 y el 13 de junio de 1995. Al evidenciar este hecho, resulta adecuado inferir que por la calidad de contratista que ostentó en su momento la señora Loyo de Arrieta, esta no podía encontrarse afiliada al FNPSM, pues para ello debía haber sido nombrada y posesionada como docente oficial mediante acto administrativo. Bajo este contexto, es pertinente sostener que aquella 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.

Al margen de lo anterior, en principio se advierte que la señora Loyo de Arrieta debió realizar a algún fondo de previsión diferente al FNPSM, los aportes a pensión por los honorarios recibidos en virtud de los contratos de prestación celebrados con el Departamento de Arauca. No obstante, en el expediente no reposa prueba de ello y tampoco fue objeto de manifestación en la demanda o su contestación. Ante esta duda, la sentencia de unificación precitada fue clara en precisar 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. [...]»

Como se extrae del aparte transcrito, es deber de la libelista acreditar las cotizaciones a pensión efectuadas en su momento a cualquier entidad por el lapso durante el cual subsistió la relación contractual propiamente dicha, a riesgo de que deba pagar o completar el monto que como trabajadora le hubiese correspondido abonar por dicho concepto. De este modo, si bien el Departamento de Arauca se encuentra obligado al pago de los aportes derivados de la relación laboral encubierta, debe tenerse en cuenta que estos implican una obligación 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 la

demandante demostrará e indicará ante el FNPSM, a cuál ente de previsión y por qué valor realizó cotizaciones a pensión mientras estuvo vinculada con la primera por medio de contratos de prestación de servicios, y en caso de no haberlos hecho, manifestar expresamente lo propio.

Lo anterior con el fin de que tanto la autoridad apelante como la demandada, verifiquen mensualmente si se presenta alguna diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la entonces contratista por el tiempo durante el cual se presentó la relación laboral encubierta, esto es, del 15 de febrero de 1988 al 15 de junio de 1995 (dentro de sus respectivos intervalos o duración de los contratos). De esta manera, el Departamento de Arauca cotizará al FNPSM, únicamente la suma faltante por dicho concepto si existiere, y solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. En caso de que la docente no demuestre o afirme no haber realizado tales cotizaciones, es evidente que el mentado fondo podrá descontar de las sumas adeudadas a la libelista en virtud de la condena, los valores pendientes de recaudo o la diferencia en su contra (si se presenta), por el porcentaje que le incumbía a aquella como trabajadora.

En suma, lo cierto es que en este caso pesa sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio una condena relacionada con el pago de una pensión de jubilación, la cual no fue apelada por la propia autoridad afectada y por lo tanto impide su discusión en esta instancia. En este sentido, como la prestación aludida no puede estar desfinanciada, se estima ajustada la decisión de ordenar:

i) Al Departamento de Arauca como responsable directo de la relación laboral declarada para efectos pensionales, girar al precitado fondo el monto restante o pendiente de las cotizaciones para pensión que debieron realizarse por el período de configuración del vínculo de trabajo, en la proporción que como «empleador» de la señora Loyo de Arrieta le habría correspondido, ello calculado en comparación con el valor pagado por la demandante en su momento como contratista a cualquier entidad de previsión. En caso de no haberse efectuado estas cotizaciones por la libelista, le corresponderá a la entidad territorial abonar el valor total de su aporte, pero se reitera, solo en el porcentaje que como autoridad patronal lo obliga.

ii) A su vez, el FNPSM deberá repetir y en consecuencia solicitar a la entidad de previsión a la que se hubiese encontrada afiliada la demandante en el tiempo que fungió como contratista, el reembolso de los pagos hechos aquella por concepto de aportes a pensión, siempre y cuando así se asegure y acredite. En caso de que ello no hubiese ocurrido de dicha forma, estará autorizado a descontar de las sumas adeudadas a la docente, los valores equivalentes al porcentaje de cotización que como «trabajadora» tendría que haber realizado por ese mismo período para completar el monto de la contribución a su cargo.

En conclusión: el Departamento de Arauca no es responsable de asumir el pago total ni proporcional de la pensión de jubilación reconocida a la demandante, sino que en virtud de la declaratoria de existencia de una relación laboral encubierta por contratos de prestación de servicios, aquel se encuentra obligado a girar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio los valores pendientes que por concepto de cotización a pensión de la libelista, debió efectuar en el porcentaje que como empleador le habría correspondido, ello por el tiempo en el que se configuró el mentado vínculo de trabajo, de conformidad con la obligación patronal derivada del artículo 8.º de la Ley 91 de 1989, artículo 81, inciso 4.º de la Ley 812 de 2003, así como los artículos 9 y 10 del Decreto 3752 de 2003.

Tercer problema jurídico

¿Procedía la condena en costas de primera instancia impuesta al Departamento de Arauca?

Frente a este interrogante la Subsección tendrá como tesis que sí procedía la condena en costas de primera instancia en contra de la entidad territorial vinculada, tal como se sustenta a continuación:

➤ De la condena en costas

Esta Subsección²⁰ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- 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 CGP²¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- 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 público²².

²⁰ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

²¹ «**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:[...]

²² 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 [...].»

Al margen de lo expuesto, la parte impugnante aseguró en su recurso de apelación que no debió ser objeto de imposición de costas debido a que el acto administrativo declarado nulo, no fue expedido por el Departamento de Arauca sino por el FNPSM por intermedio de su entidad fiduciaria, lo que implica que el daño alegado por la demandante no fue causado por la entidad territorial sino por el fondo en comento. Adicionalmente adujo que en todo caso, esta condena carece de motivación en la sentencia, aspecto que es indispensable en la estructura del fallo, cuya ausencia implica la revocatoria de dicha decisión.

Pues bien, en primer lugar debe tenerse en cuenta que aun así la autoridad recurrente no hubiese expresado su manifestación volitiva para negar el pago de la pensión de jubilación a la demandante en el acto administrativo cuestionado, lo cierto es que su vinculación a la presente causa judicial obedeció al hecho de que además de la nulidad de aquella manifestación, se pretendía la declaratoria de existencia de una relación laboral entre el ente territorial y la libelista a fin de consolidar el derecho prestacional debatido.

Esta formulación jurídica fue la que convalidó su legitimación en la causa por pasiva formal y al mismo tiempo material como se resolvió en los problemas jurídicos anteriores. Lo anterior en la medida en que el Departamento de Arauca se halló responsable de encubrir una relación laboral a través de contratos de prestación de servicios y por lo tanto debe ser condenada al pago a favor del FNPSM de las cotizaciones a su cargo en orden de materializar el reconocimiento pensional de la señora Loyo de Arrieta.

En este sentido, resulta claro que la entidad apelante no solo debía estar vinculada a la actuación, sino que además resultó vencida en cuanto a la pretensión relativa a la configuración de un vínculo de trabajo y sus consecuencias pensionales, aspecto que bajo el criterio objetivo valorativo enunciado, hace necesaria la condena en costas en su contra, por cuanto dicho supuesto se enmarca en el previsto por el artículo 365, numeral 1.º del CGP²³, tal como el *a quo* lo manifestó en la parte considerativa de su fallo²⁴, lo cual igualmente desmiente el argumento de la autoridad departamental sobre la falta de motivación respecto de este aspecto en particular, pues si bien se trata de una referencia concreta y sucinta, está debidamente sustentada como lo exige el canon 280 *ibídem* cuando se prevé que los razonamientos de la sentencia deben ser expresados con «brevedad y precisión».

En conclusión: sí resultaba procedente la condena en costas en primera instancia en contra del Departamento de Arauca, en tanto este resultó vencido en el presente proceso, lo cual se ajusta al criterio objetivo valorativo requerido para su imposición, luego de verificar que tal circunstancia se encuentra prevista en el artículo 365, numeral 1.º del CGP, aspecto que también fue advertido y objeto de motivación por parte del juez de primera instancia.

Decisión de segunda instancia

²³ «ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. [...]».

²⁴ Ver folio 227 del plenario cuando en la parte considerativa de la providencia se precisó lo siguiente: «[...] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 C.P.A.C.A. y el art. 392, se condenará en costas en esta instancia a las entidades demandada y vincula (sic), en virtud a que resultaron vencidas en el proceso y el presente asunto es de carácter particular y concreto, para lo cual con fundamento en el artículo 3.1.3. del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán como agencias en derecho, para cada una, una suma equivalente al 5% del valor de las pretensiones reconocidas en esta sentencia [...]»

Según lo expuesto, se impone modificar el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca el 26 de junio de 2014, la cual accedió a las pretensiones de la demanda, esto a fin de precisar que el ente territorial apelante en efecto debe ser condenado en esta causa judicial, pero no en el sentido de concurrir al pago de la pensión de jubilación que solo es obligación del FNPSM, sino de girar a este último los aportes a pensión de la demandante que en su porcentaje legal debe efectuar por el período durante el cual aquella estuvo vinculada como docente bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios que encubrían una relación laboral.

Ello sin desconocer la proporción sobre tales cotizaciones que normativamente le corresponden a la docente por ese mismo lapso, así como los eventuales pagos que aquella hubiese efectuado a algún fondo de previsión por el tiempo que se desempeñó como contratista del Departamento de Arauca, frente al cual se ordenará el FNPSM repetir por el valor de dichos aportes a fin de que le sean reembolsados en orden de financiar la pensión reconocida.

Lo anterior habida cuenta de que prosperan parcialmente los argumentos del recurso de apelación formulado por la entidad territorial vinculada, pero únicamente en lo atinente a la precisión de la condena que le fue impuesta. En todo lo demás se confirmará el fallo impugnado.

De la condena en costas de segunda instancia

Aun bajo el hilo argumentativo desarrollado en la resolución del tercer problema jurídico, en el presente caso no se condenará en costas de esta instancia a la entidad apelante, pues prosperó parcialmente su recurso y por lo tanto se modificará la sentencia impugnada. Al respecto debe tenerse en cuenta que la aludida carga procede solo cuando el fallo se confirme o revoque en su totalidad conforme con los numerales 1.º, 3.º y 4.º del artículo 365 del CGP.

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: Modificar el ordinal tercero de la sentencia proferida el 26 de junio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Arauca 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 la señora Carmen Gabriela Loyo de Arrieta contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como el Departamento de Arauca y la Fiduciaria La Previsora S.A. en calidad de vinculadas; el cual quedará de la siguiente manera:

«[...] **TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración, se ordena a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar la pensión ordinaria de jubilación a que tiene derecho la demandante a partir del 24 de diciembre de 2011, la cual será liquidada con base en el 75% de los factores devengados durante el último año de servicios.

Por su parte, se ordena:

i) A la señora Carmen Gabriela Loyo de Arrieta, acreditar documentalmente y manifestar al momento de solicitar el cumplimiento de la sentencia, a cuál entidad de previsión y por qué valores efectuó cotizaciones a pensión por los períodos durante los cuales fungió como docente contratista del Departamento de Arauca en caso de haberlas hecho. De lo contrario, si no realizó tales aportes, indicar lo propio al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ii) Al Departamento de Arauca, pagar de manera actualizada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la diferencia por concepto de aportes a pensión de la señora Carmen Gabriela Loyo de Arrieta, frente a los montos cotizados por esta a la entidad de previsión a la que se hubiese encontrado afiliada con anterioridad a la mentada autoridad, esto únicamente en la proporción que le habría correspondido como empleador de aquella durante los períodos en los que la demandante se desempeñó como docente para la entidad territorial por medio de contratos de prestación de servicios que encubrieron una relación laboral, esto es, del 15 de febrero de 1988 al 15 de junio de 1995 (dentro de sus respectivos intervalos o duración de los contratos), lo anterior calculado con base en el monto que la primera devengó a título de honorarios. En caso de que la demandante no hubiese efectuado los aportes que le correspondía como contratista, el Departamento de Arauca deberá abonar el monto total del aporte que como empleador le habría correspondido por ese mismo tiempo.

iii) A la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, repetir en contra de la entidad de previsión a la cual la demandante acredite que se encontraba afiliada durante el lapso que subsistió la relación contractual con el Departamento de Arauca, a fin de solicitar el reembolso de las cotizaciones a pensión efectuadas por aquella en dicha oportunidad, siempre y cuando así lo demuestre o asegure la señora Loyo de Arrieta de acuerdo con el punto i) de este ordinal. En todo caso, se autoriza al mentado fondo, descontar de los valores adeudados a la libelista en virtud de la condena, los saldos pendientes parciales o totales en su contra si existen después del cumplimiento de lo anterior, por concepto de aportes a pensión que en la proporción como trabajadora le correspondía efectuar por el período referido en el punto ii). [...]»

Segundo: Confirmar en todo lo demás la providencia apelada.

Tercero: Reconocer personería adjetiva para actuar como representante judicial del Departamento de Arauca en su calidad de asesora jurídica de la respectiva gobernación, a la abogada Norma Cecilia Cabrera Pérez identificada con cédula de ciudadanía n.º 63.357.750 y tarjeta profesional 121.759 del Consejo Superior de la Judicatura, para lo cual quien ejerce dicho cargo está facultado conforme al Decreto 606 de 2015 visible de folios 283 a 288 del plenario. Esto de acuerdo con lo solicitado en memorial que reposa a folio 289 *ídem*.

Cuarto: Sin condena en costas de segunda instancia.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia 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

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>, en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

