



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, doce (12) de marzo del año dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación: 157593333002-2020-00024-00.
Demandante: JOSÉ ADOLFO CAMARGO NITOLA
Demandado: Departamento de Boyacá

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor JOSÉ ADOLFO CAMARGO NITOLA, actuando a través de apoderada judicial, solicita que se declare la nulidad del oficio No BOY2019ER020661 del 21 de agosto de 2019, suscrito por la Directora Administrativa de la Secretaria de Educación de Boyacá, a través del cual se negó el reconocimiento de los tiempos de servicios para efectos pensionales del demandante.

En consecuencia, pretende se declare la existencia de la relación laboral entre las partes, y por consiguiente se ordene reconocer a favor del actor los tiempos de servicios y enviar las cotizaciones que resulten al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Igualmente busca que se ordene a la entidad demandada la expedición de un certificado de tiempo de servicios relacionando los periodos objeto de este proceso, y que la sentencia se cumpla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 y siguientes del CPACA (*fls. 1-2 arch.01*).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda refieren que (*fls.2-4 arch.01*), el señor José Adolfo Figueroa Nitola laboró como docente, vinculado mediante órdenes y/o contrato de prestación de servicios a cargo del Departamento de Boyacá.

Señala la demanda que durante el tiempo de las labores, no se le reconoció el tiempo de servicios para efectos pensionales, circunstancia que constituye una trasgresión de los Arts. 12, 13 y 53 de la Constitución Política.

Agrega que la labor docente tiene intrínseco la prestación personal del servicio y la subordinación y afirma que dicha labor no se puede desarrollar de manera independiente, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición de los actos administrativos demandados se transgredieron las siguientes disposiciones (*fls.4-7 arch.01*)

El Art. 32 de la ley 80 de 1993, por cuanto no existe diferencia entre el objeto para el que fue contratado el demandante respecto a los servicios prestados por los docentes de planta, lo que según considera, vislumbra el deseo de la entidad de evadir la responsabilidad que le acarrea la celebración de un verdadero contrato laboral.

Posteriormente, alude el Art. 53 de la Constitución Política, para señalar que el actor no prestó sus servicios de manera independiente, sino que laboró bajo un contrato de trabajo, lo que le da derecho a reclamar el tiempo de servicios para efectos de pensión, para lo cual cita apartes de la sentencia C-154 de 1997 y de unas sentencias proferidas por el Consejo de Estado.

Refiere además, que el señor Figueroa Nitola cumplía horario, rendía informes, cumplía órdenes y no escogía el lugar de prestación del servicio, sino que obedecía una programación, lo que se puede evidenciar en los respectivos contratos.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento de Boyacá, pese a haber sido notificado en debida forma, no contestó la demanda.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se radicó el 06 de diciembre de 2019 correspondiéndole al Juzgado Séptimo Administrativo de Tunja, que la remitió por competencia territorial a los Juzgados Administrativos de este Circuito, siendo asignada por reparto a éste Despacho Judicial (*Arch.03 y 04*), una vez verificado el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 162 del CPACA, mediante auto de 2 de marzo de 2020 se admitió la demanda (*fls.2-3 arch.05*), una vez notificada y dentro del término consagrado por el Art. 172 del CPACA.

Mediante auto de fecha 9 de noviembre de 2020 (*arch.09*), comoquiera que no había excepciones previas por resolver y que el asunto de la Litis es de puro derecho, se dio aplicación al numeral 1 del Art. 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, por consiguiente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rendir concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La mandataria judicial de la **parte demandante** radicó sus alegaciones (*arch.11*), indicando que acorde con los documentos allegados al proceso, se encuentra plenamente demostrada la relación laboral entre el aquí demandante y el Departamento de Boyacá, en los siguientes periodos: 1 de febrero al 9 de junio de 2000; 10 de julio a 1 de diciembre de 2000; del 14 de febrero al 15 de junio de 2001; del 9 de junio al 5 de diciembre de 2001; del 1 de febrero al 12 de diciembre de 2002 y del 5 de febrero al 30 de noviembre de 2003, lo anterior, según los parámetros jurisprudenciales dados por el Consejo de Estado.

Así mismo, refiere que la actividad docente siempre implica una prestación del servicio con dependencia a la entidad territorial, para lo cual transcribe apartes de la sentencia SU- 260 de 2016 emitida por la citada Corporación, concluyendo que, su mandante tiene derecho al reconocimiento de la relación laboral con el Departamento de Boyacá por los tiempos de servicios antes enunciados, a efectos pensionales.

El Departamento de Boyacá no presentó alegatos finales

La **Agente del Ministerio Público** delegada ante este despacho no rindió concepto dentro de este proceso.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si entre el señor José Adolfo Camargo Nitola y el Departamento de Boyacá se configuró un vínculo laboral que desnaturalizó las órdenes de prestación de servicios suscritas durante los años 2001 a 2003.

De ser acreditada la relación laboral pretendida, el Despacho deberá establecer si hay lugar a ordenar el pago al FOMAG de los aportes patronales a pensión aplicable a los interregnos de ese periodo.

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Naturalización de la Relación Laboral

En sentencia de 2018, la Subsección A del Consejo de Estado² se pronunció sobre la naturaleza de una relación laboral con el Estado, en los siguientes términos:

(...) “El contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada; y iii) remunerada. En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.³

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.”

² Consejo de Estado, CP William Hernández Gómez el 4 de octubre de 2018, en el proceso radicado bajo el número 23001-23-33-000-2013-00247-01(3753-15)

³ Consejo de Estado Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

Formas de vinculación con el estado

De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano -**artículo 125 constitucional** - se puede inferir que se prevén tres formas de vinculación con el Estado, a saber:

- .- *Por medio de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos.*
- .- *Mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales.*
- .- *A través de una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios*

Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son, en principio, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (art. 122 CP).

No obstante, la jurisprudencia administrativa ha establecido que puede existir una relación laboral con el Estado de carácter **excepcional y anormal que se ha denominado “funcionario de hecho”**, que se define como una forma de vinculación a través de la cual **una persona ocupa un cargo de la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, pero su investidura es irregular.**

Principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el contrato realidad

El artículo 53 de la Constitución Política establece el *principio de primacía de la realidad sobre las formas* como garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. En ese sentido, la Corte Constitucional⁴ ha precisado que se puede hablar de la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica, de este modo nacen derechos y obligaciones entre las partes, que se ubican en el ámbito de la regulación laboral.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ ha sido constante en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así mismo, el Alto Tribunal señaló⁶ que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena vigencia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-287 del 14 de abril de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ Consejo de Estado, Sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación No. 81001-23-33-000-2013-00034-01(1586-14), CP Luis Rafael Vergara Quintero.

⁶ *Ibidem*

Del mismo modo, la jurisprudencia ha decantado que constituye en requisito para acreditar la existencia de una relación laboral, que el interesado pruebe en forma incontrovertible la *subordinación y dependencia*, y que de hecho desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando la aludida subordinación no enmarque simplemente una relación de coordinación entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función a desempeñar.

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación sucinta y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación o dependencia respecto del empleador, que es el que fundamentalmente desentraña la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al estudio del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Boyacá⁷ en 2017, señaló:

Quando se discute una relación laboral en virtud de un contrato de prestación de servicios de carácter estatal, la ventaja probatoria que subyace a la presunción, la estableció el legislador a favor del contratante, y no como ocurre en el Código Sustantivo del Trabajo en el que quien presta un servicio personal no está obligado a probar que lo hizo bajo la continuada subordinación o dependencia.

Además de lo expuesto, el artículo 88 del CPACA también consagró la presunción de legalidad de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de la relación laboral, de manera que a quien demanda, le corresponde probar sus elementos.

No sobra precisar que además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Presunción de subordinación en la labor docente

En cuanto a la existencia de relación de trabajo con el Estado en la labor docente, la postura había sido pacífica, consolidada en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016⁸, en la cual el Consejo de Estado precisó:

"(...)

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes- empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones. (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii)

⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 26 de octubre de 2017 MP Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Expediente 15239 3333752201500258 01

⁸ Consejo de Estado, Radicación No. 230012333000-2013-00260-01, CP Carmelo Perdomo Cuéter.

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 los formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado... "

Imprescriptibilidad de los aportes para pensión

En dicho pronunciamiento y respecto de la imprescriptibilidad de los aportes a pensión, el Consejo de Estado, precisó:

"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.

En ese orden, unificó su jurisprudencia disponiendo que *el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión.*

De la Orden de prestación de servicios

Las órdenes de prestación de servicio, según la normatividad vigente para el año 2001, tenían la naturaleza de contrato estatal sin formalidades plenas, frente a lo cual el alto Tribunal en materia Contencioso Administrativa, manifestó⁹:

"(...) Desde el punto de vista estrictamente formal, lo único que exige el artículo 25 del Decreto 679 de 1994 es que las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato sean ordenados, previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, precisando el objeto del contrato y la contraprestación, aunque, pueden contener otro tipo de estipulaciones que las entidades consideren necesarias de acuerdo con la ley; empero, dicha orden no constituye propiamente el contrato, pues para que éste se perfeccione se requiere de un elemento fundamental, esto es, el consentimiento del destinatario de la orden. Por lo anterior, la orden escrita impartida por el jefe de la entidad constituye la exteriorización del acto volitivo de la administración pública y, por lo mismo, tiene la connotación de una verdadera oferta, dirigida a una persona determinada, que se ajusta exactamente a las exigencias contempladas por el artículo 845 del C. de Co., en la medida en que contiene no sólo la manifestación clara e inequívoca de la entidad de obligarse a través de un acto contractual, sino que comprende, además, el proyecto del negocio que se cierne, con la previsión de los elementos esenciales y el precio que se ofrece pagar como contraprestación, de modo que, para perfeccionarlo, sólo basta que el destinatario preste su consentimiento aceptando la oferta, bien de manera expresa, a través de la suscripción de la orden o bien mediante un escrito aparte, en el cual manifieste de manera incondicional la voluntad de ejecutar el contrato a cambio del precio indicado en la orden, o bien de manera tácita, exteriorizada a través de actos o hechos irrefutables e inequívocos de ejecución del contrato propuesto, tal como lo prevé el artículo 854 ibídem, de tal suerte que, una vez se produzca el concurso real de voluntades de la administración y del destinatario de la orden, surge a la vida jurídica el contrato sin formalidades plenas, incluso, como puede verse, sin necesidad de la firma del contratista.(...)"

Igualmente, sostuvo que:

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Radicación No. 230012331000-1998-008976-01, CP Carlos Alberto Zambrano Barrera.

“(…) Según el primer inciso del artículo 25 del Decreto 679 de 1994, el contrato con formalidades plenas implica, entre otras cosas, “la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes”, al paso que, conforme al segundo inciso de dicho artículo, el contrato sin formalidades plenas requiere que sea ordenado “previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la contratación”, sin que se exija la firma del contratista, formalidad esta última de la que, bien puede prescindirse en las voces del mismo artículo. Se sigue de lo anterior que el destinatario de la orden puede rechazarla válidamente, bien sea de manera expresa mediante la manifestación de la voluntad en tal sentido, o de manera tácita, como, por ejemplo, cuando guarda silencio y se abstiene de ejecutar el objeto contractual definido en la orden. (…)”

10. CASO CONCRETO

En el presente asunto se debe establecer si se encuentran demostrados los elementos que configuran una relación laboral que hubiere desnaturalizado los contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante con la entidad contratante demandada, para lo cual debe acreditarse la existencia de los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación, por ello a fin de analizar el caso concreto abordaremos el estudio de estas circunstancias.

Está documentada (*Archivo 02 expediente digital*) la vinculación del señor José Adolfo Camargo Nitola con el Departamento de Boyacá, a través de las órdenes de prestación de servicios que fueron aportadas con la demanda, los cuales se detallan en la siguiente tabla elaborada por el Despacho:

Tabla 1

ORDEN DE PRESTACIÓN	PLAZO DE EJECUCIÓN	OBJETO u OBLIGACIONES	VALOR
Orden de servicio No 161 del 1 de febrero de 2000 (fls. 2 – 4)	1 de febrero al 9 de junio de 2000	Prestar sus servicios en materia educativa en el Establecimiento Concentración de Desarrollo Rural del Municipio de Barbeó ^(**)	El equivalente a la categoría que acredite en el Escalafón Nacional Docente (Profesional o Técnico), por concepto de honorarios
Orden de servicio No. 923 del 10 de julio de 2000 (fls. 5 – 7)	10 de julio al 1 de diciembre de 2000	Especialidad de Licenciado en Matemáticas	
Orden de servicio No.005 del 14 de febrero de 2001 (fls. 8-10)	14 de febrero al 15 de junio de 2001	^(**) Mpio.Berbeo, Especialidad de Licenciado Educación Industrial por Reubicación de Plaza según Decreto No. 1851/2000	
Orden de prestación de servicios No. 0048 del 9 de julio de 2001 (fl.11 – 13)	9 de julio al 5 de diciembre de 2001	^(**) Mpio.Berbeo, Especialidad en Mate-Física	
Orden de prestación de servicio No. 1054 del 1 de febrero de 2002 (fls. 14 – 16)	1 de febrero al 30 de noviembre de 2002	Prestar sus servicios en materia educativa en el Establecimiento Instituto Técnico Industrial Nacionalizado de Villa de Leiva en la especialidad de Electricidad y Electrónica	\$7.166.310
Orden de prestación de servicios No. 36 SGP. PRIM del 5 de febrero de 2003 (fls. 18 - 22)	3 de febrero al 30 de noviembre de 2003	Preste sus servicios profesionales en el Colegio de Educación Básica de Suse en la especialidad de Primaria	\$7.473.751
Prórroga de la orden de prestación de servicios No. 36 (fl.17 vto)	1 al 12 de diciembre de 2003	Preste sus servicios profesionales en el Colegio de Educación Básica de Suse en la especialidad de Primaria	\$300.956

Así mismo, se advierte que las obligaciones de las ordenes de servicio y de los contratos de prestación de servicios antes relacionados, coinciden en establecer que: *El prestatario autorizado por esta orden se compromete con el departamento de Boyacá a prestar sus servicios en materia educativa*, en varias instituciones educativas, a cargo del ente territorial departamental.

Del mismo modo, todas coinciden en establecer como obligación que: *“El prestatario (...) se obliga a cumplir con la Constitución y las leyes de Colombia y en especial con el Decreto 2277 de 1979 y la ley 200 de 1995.*

De contera, se encuentra acreditado que el día 10 de abril de 2019 (fls.23-25 arch.02), el señor José Adolfo Camargo Nitola, solicitó a la Gobernación del Departamento de Boyacá el reconocimiento de una relación laboral y el reconocimiento de los tiempos de servicio para efectos de pensión, así mismo que se ordene el envío de las cotizaciones al FOMAG, la cual fue contestada negativamente mediante oficio 1.2.11-38 BOY2019ER020661 del 21 de agosto de 2019, indicando que los contratos de prestación de servicios constituyen una relación contractual que se rige bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993.

Expresa la misiva que para el caso en concreto, para los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor José Adolfo Camargo Nitola y el Departamento de Boyacá – Secretaria de Educación, no existió simulación alguna de una relación laboral pues debe confluír la demostración de tres elementos, la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

La prestación personal del servicio

La prestación personal del servicio consiste en la efectiva ejecución de la labor por parte del trabajador o contratista según sea la modalidad, este elemento exige el desarrollo de todo el esfuerzo personal para realizar la actividad encomendada.

Al aterrizar este concepto al caso *sub examine*, tenemos que de la copia de las órdenes de prestación de servicios relacionados en la tabla 1, se colige que el demandante prestó sus servicios de manera personal y directa en favor del Departamento de Boyacá.

Lo anterior, toda vez que dentro de las obligaciones pactadas en dichas ordenes para el aquí demandante, se estipula expresamente *“prestar sus servicios en materia educativa”*.

La remuneración

La remuneración constituye la retribución justa en dinero o en especies de la labor ejecutada, si bien para el caso concreto y según la forma de vinculación por la modalidad de prestación de servicios se le ha denominado honorarios, se infiere que las actividades desarrolladas por el demandante en favor del Departamento de Boyacá fueron debidamente remuneradas, situación que es probada por las propias minutas de las ordenes de prestación de servicios.

Así las cosas, de acuerdo a lo referido por este Despacho, en las minutas de los contratos en cuestión, señalan concretamente el valor y la forma de pago cancelado al contratista por la ejecución del objeto contratado, tal como se detalla en la Tabla 1 elaborada por el Despacho.

De esta forma queda plenamente demostrado que la labor ejecutada por el demandante y en favor de la entidad demandada, contó con una remuneración, aspecto que estructura uno de los elementos necesarios para demostrar la existencia de un contrato realidad a la luz de la normatividad y jurisprudencia citada.

La subordinación

Es quizá el aspecto que cobra mayor relevancia en este tipo de controversias en donde se busca demostrar la existencia de un contrato realidad y hace referencia a la sujeción del trabajador a órdenes, horarios, instrucciones, modo, tiempo o cantidad de trabajo, imposición de reglamentos y demás aspectos que limiten su autonomía e independencia.

En el asunto *sub lite*, el señor JOSÉ ADOLFO CAMARGO NITOLA fue contratado para prestar sus servicios personales como Educador en el Establecimiento Concentración de Desarrollo Rural del Municipio de Barbeó en la especialidad de Licenciado en Matemáticas y Licenciado Educación Industrial y Mate-Física (No. 161, 923 y 005 de 2000 y 048 de 2001); en el Establecimiento Instituto Técnico Industrial Nacionalizado de Villa de Leiva en la especialidad de Electricidad y Electrónica (No. 1054 de 2002); Colegio de Educación Básica de Suse en la especialidad de Primaria (No. 36 del 2003 y su prórroga) como consagran las minutas de las ordenes de servicio o de prestación de servicios.

De conformidad con la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado, se encuentra amparado por la presunción de ***subordinación***, puesto que se asimila a la labor docente ya que se entiende que ésta no se desarrolla de forma independiente, sino que por el contrario conlleva una prestación personal y subordinada al cumplimiento de órdenes, reglamentos, planes y principios integrales del servicio público de educación y, en consecuencia, debe ser protegida en el reconocimiento de una relación laboral.

Adicionalmente, el Despacho reitera que las órdenes de prestación de servicios contempla la sujeción del contratista a la normatividad que rigen la prestación del servicio público educativo, dentro de la que se destaca el artículo 45 del Decreto 2277 de 1979, “(...) *que prohíbe a los docentes abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa; y el artículo 44 de la misma normatividad que les fija deberes a su cargo (...)*”¹⁰, como lo analizó el Tribunal Administrativo de Boyacá al abordar el tema de la subordinación en el contrato de prestación de servicios Docente.

En suma, se establece que en los contratos relacionados en la tabla 1, ejecutados en los años 2000 a 2003, el demandante desarrolló actividades propias de educador, puesto que los objetos contractuales así lo dispusieron, circunstancia que conlleva a la conclusión que el elemento de subordinación se encuentra acreditado y por lo mismo ha de ser cobijado con el reconocimiento de una relación laboral.

11. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Parámetros)

Reconocimiento de relación laboral y efectos pensionales

Conforme a lo expuesto, se declarará la nulidad del oficio BOY2019ER020661 del 21 de agosto de 2019, expedido por la Directora Administrativa de la Secretaria de Educación de Boyacá, en el cual se negó el reconocimiento de las prestaciones sociales derivadas de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la

¹⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No.1. Radicación No. 150013333003201400090-01, MP Fabio Iván Afanador García.

entidad territorial y el actor, concretamente lo atinente al reconocimiento de los tiempos de servicio para efectos de pensión y el respectivo pago de aportes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG–.

Conforme a lo expuesto previamente, al demandante le asiste el derecho, para efectos pensionales, del cómputo de la totalidad del tiempo que estuvo vinculado a la entidad demandada mediante una relación laboral enmascarada, lo cual conlleva al reconocimiento del pago de las cotizaciones patronales destinadas al fondo pensional, en el caso particular, al FOMAG.

En consecuencia se ordenará el restablecimiento del derecho, en primer lugar, mediante la declaratoria de existencia de una relación laboral entre el señor José Adolfo Camargo Nitola y el Departamento de Boyacá, durante los interregnos de tiempo comprendidos entre los siguientes periodos:

(i) 1 de febrero al 9 de junio de 2000, (ii) 10 de julio al 1 de diciembre de 2000 (iii) 14 de febrero al 15 de junio de 2001, (iv) 9 de julio al 5 de diciembre de 2001, (v) 1 de febrero al 30 de noviembre de 2002, (vi) 3 de febrero al 30 de noviembre de 2003 y (viii) 1 al 12 de diciembre de 2003, en virtud del Contrato de Prestación de Servicios No. 161 de 2000 y las Órdenes de Prestación de Servicios Nos 923 de 2000, 005 de 2001, 0048 de 2001, 1054 de 2002, 36 del 2003 y su prórroga, respectivamente.

Por tanto, la liquidación de aportes para pensión se deberá efectuar mes a mes y, de existir diferencias entre los aportes realizados por el demandante en calidad de contratista y los que se debieron efectuar, el Municipio de Pisba, deberá realizar las cotizaciones ante el FOMAG, la suma faltante por concepto de aportes a pensión en la cuota parte que le correspondía como empleador, en el equivalente al 10.13% (3/4), mientras que a la demandante le corresponde el pago del faltante hasta completar el 3.38% (1/4), sobre la tarifa del 13.5% vigente para los años 2000 a 2003, liquidado sobre un ingreso base de cotización correspondiente al valor mensual pactado en los contratos referidos, a cuyo resultado se aplican fórmulas de cálculo actuarial con base en el IPC, para su pago efectivo

A tal efecto, el demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de pensión durante los vínculos contractuales antes referidos, y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador, teniendo como base de cotización los honorarios pactados, tal como lo dispuso la sentencia de unificación del Consejo de Estado¹¹:

(...) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existen diferencias entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar; 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 efecto de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiere diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Ahora bien, en lo que atañe al cálculo actuarial de las cotizaciones, se observa que su base normativa se encuentra en el Art. 33 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1887 de 1994, el cual en su Art. 2 señaló que el valor de la reserva actuarial “será equivalente al valor que se hubiere debido acumular durante el período que el trabajador estuvo prestando servicios al empleador”.

¹¹ Consejo de Estado, Sentencia del 4 de Febrero de 2016 Exp. (1149-2015) MP Sandra Lisset Ibarra Velez

Al respecto, en un reciente pronunciamiento el Tribunal Administrativo de Boyacá abordó el tema en asuntos relativos a la declaratoria de contratos realidad, concluyendo lo siguiente¹²:

En últimas, el procedimiento para que la entidad administradora pueda conmutar el tiempo en el cual un empleador no efectuó las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, se reduce a una solicitud que el patrono deberá elevar a la Administradora de Pensiones que haya elegido el trabajador, o alguno de los fondos privados legalmente facultados para desarrollar este tipo de actividades, consistente en la elaboración del respectivo cálculo actuarial (por las semanas en que el particular trabajó y no fueron cotizadas por la falta de afiliación). De esta manera, una vez efectuada la liquidación, deberá el empleador proceder a cancelar el valor respectivo, toda vez que de lo contrario la entidad administradora no conmutará el tiempo no cotizado, para el reconocimiento de la pensión de vejez, pues como se expuso, por la falta de afiliación sería un tercero completamente ajeno al asunto⁹.

Así las cosas, no cabe duda que el incumplimiento de obligaciones derivadas de trámites relacionados con el reconocimiento y pago de derechos pensionales, impone la aplicación del cálculo actuarial a efectos de garantizar la sostenibilidad del sistema.

Como conclusión se tiene que la orden de pago de los aportes a pensión que se impondrá en esta providencia contemplará el respectivo cálculo actuarial.

Expedición de certificación

Por otro lado, en lo concerniente a la pretensión encaminada a ordenar a la entidad demandada la expedición de un certificado de la historia laboral y/o tiempo de servicios en el cual se incluyan los tiempos laborados objeto del *sub examine*, encuentra el Despacho que en la reclamación que dio origen al Oficio BOY2019ER020661 del 21 de agosto de 2019, suscrito por la Directora Administrativa de la Secretaria de Educación de Boyacá no se hizo alusión a la expedición de dicha certificación, por tanto, si el demandante requiere dicho documento deberá solicitarlo directamente ante la Entidad.

12. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del Art. 365 del CGP, suerte que siguen también las agencias en derecho, toda vez que si bien es cierto se accede a las pretensiones de nulidad del acto enjuiciado, no se accede a la certificación solicitada por el extremo demandante.

13. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley*

FALLA:

Primero.- Declarar la nulidad del Oficio BOY2019ER020661 del 21 de agosto de 2019, suscrito por la Directora Administrativa de la Secretaria de Educación de Boyacá.

¹² Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5. Sentencia del 24 de junio de 2020. Exp. 15238333300220170021101 MP Oscar Alfonso Granados Naranjo.

Segundo.- Declarar la existencia de relación laboral en el servicio educativo docente entre el señor José Adolfo Camargo Nitola, identificado con C.C 7.224.877 y el Departamento de Boyacá, derivada de las órdenes de servicio o de prestación de servicios, cuya ejecución corresponde a los periodos: 1 de febrero al 9 de junio de 2000, 10 de julio al 1 de diciembre de 2000; 14 de febrero al 15 de junio y del 9 de julio al 5 de diciembre de 2001; del 1 de febrero al 30 de noviembre de 2002; y del 3 de febrero al 12 de diciembre de 2003.

Tercero.- Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **condenar** al Departamento de Boyacá consignar al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG-, los aportes patronales a pensión, dejados de efectuar durante los periodos relacionados en el numeral anterior, la suma faltante por concepto de aportes a pensión en la cuota parte que le correspondía como empleador, en el equivalente al 10.3% (3/4), mientras que a la demandante le corresponde el pago del faltante hasta completar el 3.38% (1/4), sobre la tarifa del 13.5% vigente para el año 2001, liquidado sobre un ingreso base de cotización correspondiente al valor mensual pactado en los contratos referidos en el numeral primero de esta providencia, a cuyo resultado se aplican fórmulas de cálculo actuarial con base en el IPC, para su pago efectivo

Cuarto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Quinto.- Sin condena en costas en esta instancia.

Sexto.- Esta sentencia debe cumplirse en los términos del Art. 192 del CPACA.

Séptimo.- En firme esta providencia, archivar el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si a ello hubiere lugar y expídanse copias con constancia secretarial de ejecutoria, en los términos del Art. 114 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE SOGAMOSO**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

571044ba693c1b66fdc5b614fe8c6d088abbda675a17c226a8a6b94e5fb7a4c0

Documento generado en 12/03/2021 04:24:12 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**