



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

Sogamoso, veintidós (22) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021)

*Referencia:* Nulidad y Restablecimiento del Derecho.  
*Radicación:* 15759333300220200003300  
*Demandante:* MARY RUTH GÓMEZ ZAMBRANO  
*Demandado:* Departamento de Boyacá

### **1. ASUNTO**

Corresponde al Despacho<sup>1</sup> 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, la señora MARY RUTH GÓMEZ ZAMBRANO, actuando a través de apoderada judicial, solicita que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 23 de agosto de 2019, que negó el reconocimiento de los tiempos de servicios para efectos pensionales de la demandante.

En consecuencia, pretende se declare la existencia de la relación laboral entre las partes, y por consiguiente se ordene reconocer a favor de la actora 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 (*archivo 01*), refieren que la señora Mary Ruth Gómez Zambrano laboró como docente por órdenes y contrato de prestación de servicios a cargo del Departamento de Boyacá en los lapsos de tiempo en los años 1998 y 1999.

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 por tanto es viable afirmar que dicha labor no se puede desarrollar de manera independiente, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

---

<sup>1</sup> 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 de la parte demandante, con el acto administrativo demandado 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 la 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 la demandante 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, la señora Gómez Zambrano 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 en su contestación de demanda (*archivo 14*) se opone a las pretensiones de la demanda y señala que no puede tenerse como cierta la apreciación de la demandante de que su vinculación al servicio educativo se debe entender como una relación laboral, pues a pesar de desarrollar labores docentes, su vinculación no se hizo de forma regular, sino con base en contratos cuyas reglas se encuentran establecidas en la Ley 80 de 1993, denominado ordenes de prestación de servicios profesionales, al cual la entidad acudió para garantizar la cobertura educativa.

Indica que el contrato de prestación de servicios no genera una prestación de carácter laboral, solo da lugar al pago de honorarios pactados y por tal razón resulta improcedente el pago de prestaciones, las que solo surgen de una relación laboral o legal y reglamentaria.

Señala que la sola existencia de una jornada no implica relación de subordinación con la administración, sino de coordinación, para que el contratista cumpla su objeto contractual en aras de que exista armonización entre las partes.

Propone las siguientes excepciones:

- *Legalidad del acto administrativo*
- *Prescripción del derecho*

#### **6. TRÁMITE PROCESAL**

La demanda se radicó el 06 de diciembre de 2019 correspondiéndole al Juzgado Noveno Administrativo de Tunja, que por auto del 21 de febrero de 2020 (*archivo 04*) ordena remitir a los Juzgados Administrativos de este Circuito, siendo asignada por reparto a éste Despacho Judicial (*archivo 07*), entre el 16 de marzo al 30 de junio de 2020, no corrieron términos judiciales, según constancia secretarial (*Archivo 09*).

Verificado el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 162 del CPACA, mediante auto de 4 de agosto de 2020 (*archivo 10*) se admitió la demanda y por auto del 1 de febrero de 2021, se resuelve la excepción propuesta por la demandada (*archivo 17*)

En proveído del 15 de febrero de 2021 (*archivo 20*), se consideró que el asunto de la Litis es de puro derecho, se dio aplicación al artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, el cual fue adicionado por el Art. 42 de la Ley 2080 de 2021, 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 parte demandante** (*Archivo 23*) presentaron alegatos de conclusión reiterando los argumentos de la demanda, sin realizar cambios en sus exposiciones desde el punto de vista sustancial, empero desde el punto de vista fáctico agrega que el derecho que se reclama recae sobre periodos de tiempo de prestación de servicios de los años 1998, 1999 y 2000 y adiciona otros que reclama en esta etapa del proceso para los años 2002 y 2003, que fundamenta además de la sentencia del 23 de octubre de 2000 CP Carlos Orjuela Góngora citada en la demanda, la sentencia de unificación 260 de 2016 del Consejo de Estado C.P. Carmelo Perdomo Cueter.

A su turno, el **Departamento de Boyacá** (*Archivo 22*), itera lo señalado en la contestación de demanda, empero adiciona la necesidad que hasta tanto se reconozca la relación laboral en sede judicial, para poder realizar aportes pensionales, como señala las reglas jurisprudenciales señaladas en la la sentencia de unificación 260 de 2016, concretamente en relación con la no prescripción de tales aportes, lo que no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por el trabajador por este concepto.

Agrega proponer las excepciones que denomina “*Cobro de lo no debido*”, “*Inexistencia de la relación laboral*” y “*Prescripción del derecho*” siendo la última, la única propuesta en la contestación de demanda

La Agente Delegada del **Ministerio Público** no emitió concepto.

## 8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si entre la señora MARY RUTH GÓMEZ ZAMBRANO y el Departamento de Boyacá se configuró un vínculo laboral que desnaturalizó las órdenes de prestación de servicios como docente suscritas para los años 1998, 1999 y 2000 como se propuso en la demanda, caso en el cual es menester examinar la existencia del acto ficto o presunto que la desconoce o niega y luego verificar su legalidad.

Surge un problema jurídico asociado, que concierne a determinar si se debe reconocer la existencia de acto ficto que contenga la presunta negativa de la entidad demandada en reconocer el vínculo laboral de la demandante durante los periodos de prestación de servicios en los años 2002 y 2003, como se pide en los alegatos de conclusión presentados por activa y no en la demanda inicial y en su caso examinar su legalidad y establecer si le asiste el derecho reclamado por la demandante para ese periodo.

De ser acreditada la relación laboral pretendida, el Despacho deberá establecer si hay lugar a ordenar el pago ante FOMAG, de los aportes a pensión aplicable a esos periodos.

## 9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

### ***Naturalización de la Relación Laboral***

En sentencia de 2018, la Subsección A del Consejo de Estado<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>*

*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.”*

### ***Formas de vinculación con el estado***

De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano (Art. 125 C.P.) 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.**

<sup>2</sup> (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)

<sup>3</sup> Consejo de Estado Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

### **Principio de la primacía de la realidad sobre las formas**

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 Constitucional<sup>4</sup> 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 Estado<sup>5</sup> 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 señaló<sup>6</sup> 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.

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 Boyacá<sup>7</sup> en 2017, señaló:

*Cuando 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*

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> *Ibidem*

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

*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 2016<sup>8</sup>, 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) 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 en sentencia de 2018<sup>9</sup>, 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.

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

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub sección B, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Rad. 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014) del 1 de marzo de 2018

## 10. CASO CONCRETO

Para iniciar, se debe señalar que el acervo probatorio arrojado al proceso fue dado a conocer a las partes en Litis, sin que ninguna de ellas presentara reparos en su validez, en este orden, se valora el acervo probatorio.

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 la vinculación de la señora Mary Ruth Gómez Zambrano con el Departamento de Boyacá, a través de las órdenes de prestación de servicios, cuya copia fueron aportadas con la demanda (*Archivo 01*) y también con la contestación de la misma (*Carpeta: 014AnexosContestaciónDemandaDtoBoyaca, Archivo 03*), por lo que metodológicamente se cita en el segundo caso, únicamente "*Carpeta 014*", de donde se detalla los aspectos relevantes en la siguiente tabla:

**Tabla 1**

ORDEN DE PRESTACIÓN	PLAZO DE EJECUCIÓN	VALOR – OBJETO	VALOR
Orden de servicio sin número del 2 de febrero de 1998 ( <i>fls. 14-15 Arch.01</i> ) y ( <i>Carpeta 014, A03-fls. 313 – 315</i> )	2 de febrero al 15 de junio de 1998	Prestar sus servicios en materia educativa en el establecimiento Escuela Rural Simón Bolívar del Municipio de Pisba en la especialidad de bachiller académico decreto	<i>Valor mensual \$238.498</i>
Orden de servicio No. 255 v del 13 de julio de 1998 ( <i>fls. 321 – 323 arch 03 Carp14"</i> )	13 de julio al 30 de noviembre de 1998		
Orden de servicio No 257 v del 1 de febrero de 1999 ( <i>fls 16-18 arch. 01</i> ) y ( <i>fls. 39 – 41, 327-331 arch. 03 Carpeta 14"</i> )	1 de febrero al 11 de junio de 1999	Prestar sus servicios en la Concentración Urbana del Municipio de Pisba en la especialidad de bachiller académico	Equivalente al Escalafón Nacional Docente, título profesional y técnico por concepto de honorarios
Orden de servicio No 257 v del 1 de febrero de 1999 ( <i>fls. 19-21 arch. 01</i> )	12 de julio al 26 de noviembre de 1999	Prestar sus servicios en materia educativa en la Concentración Urbana del Municipio de Pisba en la especialidad de bachiller académico	
Orden de servicio No. 792 V del 10 de julio de 2000 ( <i>fls 22-24 arch. 01</i> ) y ( <i>fls. 49 – 53, 101-103, 337-341 arch. 03 Carpeta 14"</i> )	10 de julio al 1 de diciembre de 2000	Prestar sus servicios en la Concentración Urbana del Municipio de Pisba en la especialidad de bachiller pedagógico	

Obra en el expediente copia de los contratos suscritos por la demandante con el Departamento de Boyacá durante los años 2002 y 2003, que como se planteó en el problema jurídico, en la etapa de alegatos de conclusión, se pide el reconocimiento de una relación laboral, por lo cual se destacan los datos relevantes:

**Tabla 2**

Orden de servicio No. 661 S.G.P. del 19 de febrero de 2002 ( <i>fls 25-27 archivo 01</i> ) y ( <i>fls. 107 – 111, 347-351 archivo 03 Carpeta 14</i> )	15 de febrero al 30 de noviembre de 2002	Prestar sus servicios en materia educativa en la Concentración Urbana del Municipio de Pisba en la especialidad de primaria	<i>\$6.147.017 Por pagos mensuales</i>
Orden de prestación de servicios No. 1015 S.G.P. del 6 de febrero de 2003 ( <i>fls. 28-29 archivo 01</i> ) y ( <i>fls. 113 – 115, 355-357 archivo 03 Carpeta 14</i> )	3 de febrero al 30 de noviembre de 2003	Prestar sus servicios profesionales en el Departamento de Boyacá, Municipio de Pisba, en la Escuela General Santander en la especialidad de primaria	<i>\$6.789.235 Por pagos mensuales</i>

Obra además certificación de tiempo de servicios expedido por la Secretaria de Educación en el año 2007 (*Carpeta: 014AnexosContestaciónDemandaDtoBoyaca fl.197*), en el que se corrobora la prestación de servicios por la demandante durante los años 1999, 2000, 2002 y 2003.

Así mismo, se advierte que las obligaciones coinciden en establecer que el prestatario se compromete con el Departamento de Boyacá a prestar sus servicios en varias instituciones educativas de dicho ente territorial.

Del mismo modo, la mayoría coinciden en establecer como obligación que el prestatario está obligado a cumplir con la Constitución y las leyes de Colombia y en especial con el Decreto 2277 de 1979.

De contera, se encuentra acreditado que mediante petición (*fl.31-33 archivo 01*) y (*fl.119 – 123 archivo 03 Carpeta 14*), la señora Mary Ruth Gómez Zambrano, a través de apoderado, solicitó a la Gobernación del Departamento de Boyacá el reconocimiento de una relación laboral durante el tiempo que fue vinculada mediante los siguientes contratos de prestación de servicios, el suscrito el 2 de febrero de 1998, 257 de 1999 y 792 sin especificar año, todo para que tenga efectos de pensión y el envío de las cotizaciones al FOMAG.

Al respecto se advierte que no se precisa la fecha de radicación de la referida petición, que se anuncia fue el día 22 de mayo de 2019, dado que los documentos introducidos como prueba son ilegibles en la fecha de radicación de la misma, empero se afirma en la demanda y nada se refuta por la demandada, que al expediente no se arrima respuesta frente a lo solicitado por la demandante, lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 83 del CPACA, transcurridos tres meses desde la presentación de la petición, se configura el acto ficto o presunto negativo.

Siguiendo esta conclusión inicial, de manera prístina también, se resuelve el segundo problema jurídico asociado propuesto por el Despacho, en el sentido de indicar que si bien, se encuentra acreditada la suscripción de los contratos No. 661 de 2002 y 1015 de 2003 por parte de la aquí demandante, cuyos datos relevantes están referenciados en la tabla No. 2 elaborada en esta providencia, no pude desconocerse qué frente a tales periodos, la ciudadana no provocó una decisión de la administración.

En este orden, la ausencia de acto administrativo, impide al Despacho examinar la legalidad de una decisión de la administración inexistente, de suerte que es admisible la solicitud elevada en los alegatos de conclusión donde se pide el reconocimiento de una relación laboral para tales periodos, en la medida que la entidad accionada no ha tenido oportunidad de pronunciarse.

En este orden, frente a la solicitud en alegaciones finales sobre el reconocimiento de la relación laboral en la prestación del servicio durante los años 2002 y 2003 no genera si quiera una decisión judicial inhibitoria, puesto que se itera, además de no existir acto administrativo enjuiciable, tampoco fue elevada ninguna pretensión en la demanda formulada y que dio origen a este proceso.

### ***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 en el desarrollo de la actividad encomendada.

Al aterrizar el concepto de prestación del servicio al caso *sub examine*, tenemos que obra copia de las órdenes de servicios, cuyo clausulado esencial del acto jurídico y otros datos relevantes, necesarios para resolver la presente litis, fueron relacionados en la tabla 1 elaborada por el Despacho, por lo cual, se encuentra probado que la demandante MARY RUTH GÓMEZ ZAMBRANO prestó sus servicios de manera personal y directa durante los interregnos de tiempo de los años **1998, 1999 y 2000** en favor del Departamento de Boyacá.

### **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 la demandante en favor del Departamento de Boyacá fueron debidamente remuneradas, situación que es probada por las propias minutas de las órdenes de prestación de servicios.

Así las cosas, de acuerdo a lo referido por este Despacho, en las minutas en cuestión se 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**.

De esta forma queda plenamente demostrado que la labor ejecutada por la 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*, la demandante fue contratada para prestar sus servicios personales como Educadora en la Concentración Urbana del Municipio de Pisba en las especialidades de primaria, bachiller pedagógico y bachiller académico, así como en la Escuela General Santander del Municipio de Pisba en las especialidades de primaria y bachiller académico como consagran las Órdenes de Servicios sin número de 1998 y las Nos. 255 de 1998 Nos 257 de 1999, 792 de 2000

De conformidad con la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 proferida por el H. 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 (...)*<sup>10</sup>, 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, denominados ordenes de servicio, los cuales fueron ejecutados durante los interregnos de tiempo de los años 1998, 1999 y 2000, la demandante desarrolló actividades propias de educadora, puesto que el objeto contractual o las obligaciones asumidas en cada contrato, 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 acto ficto o presunto configurado por falta de respuesta a la petición presentada por la demandante el 22 de mayo de 2019, mediante el cual se negó el reconocimiento de las prestaciones sociales derivadas de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la entidad territorial y la accionante, 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-.

En consecuencia, se ordena el restablecimiento del derecho, en primer lugar, mediante la declaratoria de existencia de una relación laboral entre la señora Mary Ruth Gómez Zambrano y el Departamento de Boyacá, para los periodos comprendidos entre: (i) 2 de febrero al 15 de junio de 1998, (ii) 13 de julio al 30 de noviembre de 1998 (iii) 1 de febrero al 11 de junio de 1999, (iv) 12 de julio al 26 de noviembre de 1999, (v) 10 de julio al 1 de diciembre de 2000, en virtud de las ordenes de prestación de servicios sin número de 1998 y las Nos. 255 de 1998 Nos 257 de 1999, 792 de 2000.

Conforme a lo expuesto previamente, la 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.

Por tanto, la liquidación de aportes para pensión se deberá efectuar mes a mes y, de existir diferencias entre los aportes realizados por la demandante en calidad de contratista y los que se debieron efectuar, el Departamento de Boyacá deberá realizar las cotizaciones al FOMAG de la suma faltante por concepto de aportes a pensión en la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora esto es el 12%, mientras que a la demandante le corresponde aportar el 4%.

A tal efecto, la 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 trabajadora, teniendo como base de cotización los honorarios pactados, tal como lo dispuso la sentencia de unificación del Consejo de Estado<sup>11</sup>:

*(...) 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*

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

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

*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”.

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 siguiente<sup>12</sup>:

*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 asunto<sup>9</sup>.*

*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 patronales a pensión que se impondrá en esta providencia contemplará el respectivo cálculo actuarial

### ***Aportes a seguridad social por el trabajador***

Con el fin de que el tiempo de servicios que se reconoce en esta providencia, surta plenamente los efectos como tiempo de cotización frente al sistema de seguridad social en pensión y garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, la demandante deberá acreditar que realizó aportes como contratista al FOMAG, o a otro fondo pensional, caso en el cual deberá realizar el trámite del traslado de tales aportes, durante el mismo tiempo de duración de sus vínculos contractuales aquí reconocidos y en el evento 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.

Se dispondrá entonces que la demandante realice el pago de aportes dejados de cancelar, en el porcentaje que correspondía en calidad de trabajadora y contratista, que como regla general equivale al 4% sobre el 40% del valor del contrato, a cuyo resultado se debe realizar el cálculo actuarial.

---

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

### **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 acto ficto o presunto aquí demandado, no se hizo alusión a la expedición de dicha certificación, por tanto, si la accionante requiere dicho documento deberá solicitarlo directamente ante la entidad, en aras de provocar la decisión de la administración.

### **12. DECISIÓN SOBRE EXCEPCIONES**

El Departamento de Boyacá propuso la excepción de mérito que denomina “*Legalidad del acto administrativo*”, en cuyo marco explica que el caso bajo estudio se realizó bajo el amparo normativo y legal de la Ley 80 de 1993, la cual no tiene vocación de prosperidad, comoquiera que de acuerdo a la tesis desarrollada en esta providencia, en el caso de la demandante se encuentran demostrados los elementos del contrato realidad.

De igual forma, propuso las excepciones de “*prescripción de derecho*” y de la “*prescripción trienal*”, la cual sustentó en que la demandante debió realizar la reclamación de la existencia de la relación laboral dentro de un término no superior a 3 años a partir de que se finiquitó la misma, lo que no sucedió en el presente caso, generando la extinción del derecho.

Al respecto es del caso recordar lo manifestado por el Consejo de Estado en el sentido que “*el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión*”, por lo que siendo categórica la conclusión, las excepciones propuestas no están llamadas a prosperar.

### **13. CONDENAS 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, se ordena el pago de aportes como trabajadora y además no se accede a la pretensión para que se expida certificación solicitada por el extremo demandante.

### **14. 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 no fundadas las excepciones denominadas: *Legalidad del acto administrativo, Prescripción de derecho y Prescripción trienal*, propuestas por el Departamento de Boyacá.

**Segundo.-** Declarar la existencia del acto ficto o presunto configurado por la falta de respuesta a la petición presentada ante la entidad accionada día 22 de mayo de 2019 y a su vez, se declara su nulidad.

**Tercero.-** Declarar la existencia de relación laboral entre la señora Mary Ruth Gómez Zambrano, identificada con C.C 46.669.995 y el Departamento de Boyacá, derivada de las órdenes de servicios cuya ejecución corresponde a los periodos comprendidos entre: el 2 de febrero al 15 de junio de 1998, el 13 de julio al 30 de noviembre de 1998, el 1 de febrero al 11 de junio de 1999, el 12 de julio al 26 de noviembre de 1999, el 10 de julio al 1 de diciembre de 2000.

**Cuarto.-** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **condena** al Departamento de Boyacá a pagar ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG-, los aportes patronales con destino a pensión en favor de Mary Ruth Gómez Zambrano, durante los periodos referidos en el numeral anterior, tomando como ingreso base de cotización, el valor mensual pactado por concepto de honorarios en el contrato de 1998 y para el caso de los años 1999 y 2000 el equivalente al escalafón nacional docente acreditado, base a partir de la cual se debe realizar el cálculo actuarial para proceder al pago.

**Quinto.-** La demandante deberá acreditar que realizó aportes a FOMAG, durante el tiempo que duró el vínculo contractual o en su defecto, deberá cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, en el equivalente al 4% sobre el 40% del valor del contrato, resultado sobre el cual se debe realizar cálculo actuarial, para el pago.

**Sexto.-** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**Séptimo.-** Sin condena en costas en esta instancia.

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

**Noveno.-** Reconocer personería al abogado Edison Javier Manrique, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.209.065 de Paz de Río y T.P. No. 219.065 del C.S de la J., como apoderado del Departamento de Boyacá (*fls. 10-19, arch. 22*)

**Décimo.-** 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.

SMGS

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**Firmado Por:**

**Nelson Javier Lemus Cardozo**  
**Juez Circuito**  
**Juzgado Administrativo**  
**002**  
**Boyaca - 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: 8f93c048ff069dd01a121b3256e7c3ab89173abbd7363c5817aed82fd19155d6  
Documento generado en 22/09/2021 10:13:33 AM

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