**CÁLCULO ACTUARIAL – Antecedentes normativos.**

Como antecedente de la aplicación del cálculo actuarial, debe indicarse que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, al establecer los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media, en su parágrafo 1° indicó que, para efectos del cómputo de las semanas de cotización exigidas para el reconocimiento de la pensión, podrían tenerse en cuenta las sumas de las semanas cotizadas en ciertos eventos, siempre que el empleador o la caja, según el caso, trasladen la suma correspondiente del trabajador que se afilie con base en el cálculo actuarial, así lo dispuso: (…) d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador. El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley [100](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1) de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional. (…)” . Ahora, el inciso 2° del parágrafo 1° de la norma anteriormente citada fue reglamentado mediante el Decreto 1887 de 1994el cual estableció la metodología para el cálculo de los referidos títulos pensionales y dispuso en su artículo 2°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 hasta el 31 de marzo de 1994”.

**CÁLCULO ACTUARIAL – Su aplicación ha sido concebida como una forma de actualización y proyección de valores adeudados en razón a la omisión de obligaciones y deberes legales por parte del empleador respecto de los empleados a su cargo.**

En cuanto a la finalidad del cálculo actuarial, la Corte Constitucional ha destacado: “(…). Por tanto, si los empleadores no realizan los aportes a pensión respectivos, ya sea porque nunca afiliaron al trabajador, o de haberlo hecho, nunca pagó los aportes, no puede quedar desamparado el trabajador frente a su expectativa a obtener un derecho pensional[”](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87120#_ftn69) Así, dicha omisión no puede ser imputada al trabajador, ni mucho menos este deberá soportar el peso de las consecuencias adversas de la conducta de su empleador, como la imposibilidad de acceder a una pensiónque garantice las condiciones mínimas de una subsistencia digna, pues se pondrían en riesgo derechos fundamentales como el mínimo vital, la dignidad humana y la seguridad social del empleado.4.5. De lo anterior se extraen tres posibilidades que generan, además, diferentes responsabilidades: (…) (…)Con fundamento en dichas normas, puede decirse que la aplicación del cálculo actuarial ha sido concebida como una forma de actualización y proyección de valores adeudados en razón a la omisión de obligaciones y deberes legales por parte del empleador respecto de los empleados a su cargo, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho pensional, al ser una estimación que se hace del valor de los aportes pensionales del trabajador que el empleador omitió efectuar, ese cálculo o estimación debe ser incorporado a la historia laboral del trabajador, información que finalmente, incide en la liquidación de la pensión. Así las cosas, no cabe duda de que ante el incumplimiento de las obligaciones derivadas de trámites relacionados con el reconocimiento y pago de derechos pensionales a cargo del empleador, se secundó una condena en contra de éste, materializada en el traslado de una reserva actuarial o título pensional, para que el afiliado pueda computar las semanas laboradas a efectos de garantizar la sostenibilidad del sistema. Dicho ello, se colige que las omisiones del empleador respecto de la afiliación del trabajador al sistema de pensiones deben tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, siempre que exista el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial.

**APORTES PENSIONALES EN CONTRATO REALIDAD – En el marco del restablecimiento del derecho con la declaratoria de existencia de una relación laboral sobre el pago de aportes pensionales, la obligación del empleador surge con la determinación de la existencia del vínculo laboral y, como consecuencia de ella se ordena su pago / CÁLCULO ACTUARIAL - No es procedente ordenar que se efectué sobre el pago de los aportes pensionales ordenados como consecuencia de la declaratoria de existencia de la relación laboral, atendiendo a que su aplicación ha sido concebida como una condena en contra del empleador en razón a la omisión del deber legal de efectuar los respectivos aportes pensionales.**

Ahora, en este punto es importante señalar que, en el marco de la declaratoria de la existencia de una relación laboral en virtud de la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la obligación a cargo del contratista – empleador respecto del pago de los aportes pensionales surge con la determinación de la existencia del vínculo laboral, pues es a partir de allí y como consecuencia de la misma, que se ordena el pago de los aportes correspondientes. Lo anterior en la medida en que la vinculación que ostentaba inicialmente el trabajador fue de carácter contractual regido por la Ley 80 de 1993, la cual no implicaba legalmente la obligación del empleador (contratista) de efectuar los respectivos aportes pensionales, pues si bien, fue desvirtuado dicho vínculo contractual al encontrarse demostrados los elementos de una verdadera relación laboral derivada del contrato realidad, lo cierto es que, la responsabilidad del pago de aportes tuvo su origen en la determinación de la existencia del contrato realidad, y en esa medida, no puede hablarse que el empleador en su momento contratista haya incurrido en la omisión del pago de los aportes pensionales, pues la obligación no existía legalmente. En ese orden, colige la Sala que no es procedente ordenar que se efectué el cálculo actuarial sobre el pago de los aportes pensionales ordenados como consecuencia de la declaratoria de existencia de la relación laboral, atendiendo a que su aplicación ha sido concebida como una condena en contra del empleador en razón a la omisión del deber legal de efectuar los respectivos aportes pensionales. Ahora, en este punto resulta pertinente precisar que a partir de la regla fijada en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, en relación con la adopción de las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho en lo que corresponda a las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, una vez demostrada la existencia del vínculo laboral, estableció que: (…)

**CÁLCULO ACTUARIAL EN EL PAGO DE APORTES PARA PENSIÓN EN DECLARATORIA DE CONTRATO REALIDAD DE DOCENTE – Improcedencia.**

Atendiendo a los parámetros establecidos en la sentencia de unificación, frente a los aportes para pensión durante el tiempo laborado en condición de docente bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, como medida de restablecimiento del derecho originada en la declaratoria de existencia del contrato realidad, la forma en que debía efectuarse el respectivo pago se ciñó a lo siguiente: i) el ingreso base de cotización -IBC sobre el cual han de calcularse los aportes, corresponderá a los honorarios pactados, ii) de existir diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por su parte, iii) el docente debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos .contractuales 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, en el porcentaje que le incumbía como trabajadora, y iv) las sumas que deberá cancelar la entidad por concepto de aportes para pensión se deben actualizar de acuerdo con la formula establecida por el Consejo de Estado. Entonces, de acuerdo con las reglas establecidas en la citada sentencia de unificación, no es procedente ordenar que se efectúe el cálculo actuarial sobre el pago de los aportes a pensión ordenados a la entidad demandada, por cuanto no se observa orden alguna en ese sentido, y, por el contrario, lo que se ordena es que dichas sumas sean actualizadas de acuerdo a la siguiente formula: *R = Rh. índice final / índice inicial*

**CÁLCULO ACTUARIAL EN EL PAGO DE APORTES PARA PENSIÓN EN DECLARATORIA DE CONTRATO REALIDAD DE DOCENTE – Fundamentos de la improcedencia de su aplicación en el caso concreto.**

El A quo en la sentencia recurrida al encontrar demostrados los elementos de una verdadera relación laboral derivada del contrato realidad, declaró la existencia de una relación laboral durante los periodos en que la señora Dory Margoth Becerra prestó sus servicios como docente mediante contratos de prestación de servicios con el Departamento de Boyacá, decisión que no obtuvo reparo alguno por el ente territorial demandado y, por lo tanto, no es materia de controversia en esta instancia. Ahora, como consecuencia de la anterior decisión, el juez de instancia le ordenó a la entidad territorial el pago de los aportes a pensión correspondientes a los servicios que prestó como docente durante el tiempo que estuvo vinculada mediante la modalidad de órdenes de prestación de servicios, consignándolos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el porcentaje en el que le correspondía como empleador, y a su vez ordenó que se efectué el cálculo actuarial de los referidos aportes pensionales. Consideración esta última de la que difiere la parte demandada, por cuanto, en su criterio, no es procedente ordenar el cálculo actuarial sobre los aportes pensionales, pues únicamente procede en los casos en que el empleador omitió la afiliación del trabajador o el pago al Sistema General de Pensiones, siempre que exista una relación laboral, y en este caso, solo hasta la sentencia de primera instancia se estableció la existencia de la relación laboral, por lo tanto, no existió una omisión por parte del Departamento de Boyacá. Atendiendo al análisis efectuado líneas atrás sobre la procedencia del cálculo actuarial sobre el pago de los aportes pensionales ordenados en el marco del restablecimiento del derecho ante la declaratoria de existencia de una relación laboral, sostendrá la Sala que en el *sub examine* no es procedente ordenar la aplicación del referido cálculo actuarial, conforme a los siguientes fundamentos: i) La aplicación del cálculo actuarial ha sido concebida como una condena en contra del empleador en razón a la omisión del deber legal de efectuar los respectivos aportes pensionales. ii) La obligación a cargo del Departamento de Boyacá respecto del pago de los aportes pensionales surgió a partir de la declaratoria de la existencia del vínculo laboral, pues es a partir de allí y como consecuencia de la misma, que se ordena el pago de los aportes correspondientes, por lo que, no puede sostenerse que la entidad territorial haya incurrido en la omisión del pago de los aportes pensionales, en tanto dicha obligación no existía legalmente. iii) De acuerdo con de los parámetros fijados en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, no se dispone la aplicación del cálculo actuarial sobre el pago d*e* los aportes pensionales ordenados como medida de restablecimiento del derecho como consecuencia de la declaratoria de existencia del contrato realidad. iv) Ordenar que se efectué el cálculo actuarial sobre los aportes pensionales ordenados a cargo del Departamento de Boyacá, sería desconocer las reglas establecidas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. No obstante, puede ocurrir que en la conversión del documento PDF a Word puede quedar con algunas imperfecciones en el texto. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
|  [https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list\_pr ocesos.aspx?guid=157593333001201900037011500123](https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=157593333001201900037011500123) |



Tribunal Administrativo de Boyacá

Sala de Decisión No. 5

Magistrada Ponente: Beatriz Teresa Galvis Bustos

Tunja, ocho (08) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

|  |  |
| --- | --- |
| Medio de control:  | Nulidad y Restablecimiento del Derecho  |
| Demandante:  | **Dory Margoth Becerra Dueñas**  |
| Demandado:  | Departamento de Boyacá – Secretaria de Educación  |
| Expediente:  | 15759-33-33-001-**2019-00037**-01  |
| Link de consulta:  | [https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list\_pr ocesos.aspx?guid=157593333001201900037011500123](https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=157593333001201900037011500123)   |

# OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la **parte demandada –** departamento de Boyacá, contra la sentencia de primera instancia proferida el 8 de noviembre de 2022 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, que accedió a las pretensiones de la demanda.

 **I.** **ANTECEDENTES**

**Demanda y subsanación (Archivo 1, Pdf.001) [[1]](#footnote-1)**

# Pretensiones

1. La demandante formuló las siguientes pretensiones:

*“****PRIMERO.-*** *Que se declare nulo el Oficio 1.2.11-38-2018PQR 47684 del 12 de septiembre de 2018 expedido por la Secretaria de Educación de la Gobernación de Boyacá, en respuesta de derecho de petición radicado No.2018PQR36648,en el cual se negó a DORY MARGOT BECERRA DUEÑAS el reconocimiento de la relación laboral por los periodos comprendidos entre: i) 3 de febrero al 10 de junio de* ***1997,*** *(ii) primero de julio de 1997 al 30 de noviembre de* ***1997,*** *(ii) 30 de enero al 15 de junio de 1998 (iv) 13 de julio de 1998 al 30 de noviembre de* ***1998*** *(v) 27 de enero de 1999 al 11 de junio de 1999 (vi) 12 de julio de 1999 al 26 de noviembre de* ***1999*** *(vii) 1 de febrero de 2000 al 9 de junio de 2000 (viii) 10 de julio de 2000 al 1° de diciembre de* ***2000****, (ix) 17 de agosto al 5 de diciembre de* ***2001,*** *(x) 1 de marzo al 30 de noviembre de* ***2002***  *y (xi) 3 de febrero al 12 de diciembre de* ***2003.*** *Así como el reconocimiento y pago de los aportes pensionales al FNPSM por los periodos en cuestión.*

***SEGUNDO. -*** *Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se declare que:*

*a.- Entre la* ***DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARIA DE EDUCACIÓN*** *y* ***DORY MARGOT BECERRA DUEÑAS*** *existió una relación laboral, al configurarse los elementos de: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, de los periodos comprendidos: i) 3 de febrero al 10 de junio de* ***1997,*** *(ii) primero de julio de 1997 al 30 de noviembre de* ***1997,*** *(ii) 30 de enero al 15 de junio de 1998 (iv) 13 de julio de 1998 al 30 de noviembre de* ***1998*** *(v) 27 de enero de 1999 al 11 de junio de 1999 (vi) 12 de julio de 1999 al 26 de noviembre de* ***1999*** *(vii) 1 de febrero de 2000 al 9 de junio de 2000 (viii) 10 de julio de 2000 al 1° de diciembre de* ***2000****, (ix) 17 de agosto al 5 de diciembre de* ***2001,*** *(x) 1 de marzo al 30 de noviembre de* ***2002***  *y (xi) 3 de febrero al 12 de diciembre de* ***2003.*** *Periodos en los que mi mandante se desempeñó como docente, vinculada a través de órdenes de prestación de servicios.*

1. *La señora DORY MARGOT BECERRA DUEÑAS tiene derecho a los aportes pensionales por los periodos anteriormente referidos.*

1. *Que los tiempos laborados por los periodos antes señalados son válidos para efectos pensionales entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

 ***TERCERO-.*** *Ordenar a la* ***SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE LA***

***GOBERNACIÓN DE BOYACÁ,*** *solicitar ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el cálculo actuarial de los aportes pensionales, fungiendo el Departamento de Boyacá Secretaria de Educación como empleador y mi mandante como empleado, por los periodos en cuestión.*

***CUARTO. -*** *Condenar a la* ***SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE LA GOBERNACIÓN DE BOYACÁ*** *pague al FOMAG el monto determinado por el cálculo actuarial, en sumas liquidas de dinero, como aportes pensionales a nombre de mi mandante.*

***QUINTO. –*** *Condenar a la parte demandada al pago de costas y agencias en derecho en los que haya incurrido la parte demandante dentro del presente proceso en los términos prescritos por el artículo 188 del C.P.A.C.A.*

***SEXTO. –*** *Condenar a la* ***SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE LA GOBERNACIÓN DE BOYACÁ*** *certificar el tiempo de servicio relacionada anteriormente en la OPS, como relación laboral entre mi mandante y el convocado.*

*SUPLETORIA: Frente a pago de TERCERO y CUARTO, disponer que en caso de no acordar los aportes pensionales a nombre de mi mandante al FOMAG o pago de aportes pensionales a nombre de mi mandante, por los periodos relacionados, se obligue a* ***SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE LA GOBERNACIÓN DE***

***BOYACÁ*** *a pagar la cuota parte de la pensión de vejez desde la fecha en que cumpla los requisitos legales, si dicha situación se produce.” (sic) (Negrilla de texto original).*

# Fundamentos fácticos

2. Como hechos relevantes, expuso:

* La señora Dory Margot Becerra Dueñas prestó sus servicios como docente del servicio público del Departamento de Boyacá en el Colegio Nacionalizado Nuestra Señora del Carmen del municipio de Susacon mediante ordenes de prestación de servicios suscritas en los siguientes periodos: i) 3 de febrero a 30 de noviembre de 1997, ii) 30 de enero a 30 de noviembre de 1998, iii) 27 de enero a 26 de noviembre de 1999, iv) 1° de febrero al 1° de diciembre de 2000, v) 17 de agosto a 5 de diciembre de 2001, vi) 1° de marzo a 30 de noviembre de 2002, y vii) 3 febrero a 30 de noviembre de 2003.

* Indicó que durante el tiempo que prestó sus servicios como docente a través de los anteriores contratos, recibió pagos mensuales por concepto de honorarios como los estipula el contrato atendiendo el grado de escalafón.

* Señaló que durante las vinculaciones desempeñó sus funciones bajo la orden de la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá, en idéntico calendario y jornada laboral que los demás funcionarios públicos del sistema educativo, cumpliendo el mismo horario de trabajo, recibiendo órdenes directas y diarias de los rectores y coordinadores de los establecimientos educativos, y estuvo sujeta al régimen disciplinario de la Ley 200 de 1995 y Ley 734 de 2002.

* Agregó que la entidad le suministró los medios necesarios para adelantar sus labores, esto es, elementos de oficina, transporte, oficina, teléfono, aula de clase, materiales didácticos, implementos para el tablero, entre otros.

* Sostuvo que la demandante mantuvo una relación de carácter laboral con el Departamento de Boyacá, en tanto cumplía funciones similares a los funcionarios docentes de la entidad territorial adscritos al sistema educativo, e incluso fue escalonada en dos oportunidades hasta llegar al escalafón nacional docente grado 8 el 14 de marzo de 2001.

* Indicó que la entidad demandada no reconoció, liquidó ni pago las prestaciones sociales consagradas en las normas legales vigentes para la época, en igualdad de condiciones en que lo hizo para los empleados públicos docentes; tampoco fue afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual vulnera el principio de igualdad.

* Manifestó que con posterioridad mediante el Decreto 0166 de 25 de febrero de 2004 fue nombrada en provisionalidad en la planta global del Departamento de Boyacá en el cargo de docente en el Colegio de Educación Básica Tunjuelo del municipio de Mongua; y en la actualidad se encuentra nombrada en propiedad como docente al servicio de la Secretaría de Educación de Boyacá.

* El 16 de julio de 2018 solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento de las pretensiones indicadas en la demanda, el cual fue resuelto mediante Oficio No.1.2.11-38-2018PQR47684 de 12 de septiembre de 2018, negándose el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las cotizaciones pensionales.

# Fundamentos de derecho

1. El apoderado de la parte actora invocó como normas violadas por los actos administrativos respecto de los cuales pretende la declaratoria de nulidad, los artículos 1, 2, 4, 13, 23, 25, 29, 41, 48 y 53 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2400 de 1968, Decreto 1950 de 1973, Decreto Ley 2277 de 1979, Ley 91 de 1999, Ley 60 de 1993, Ley 115 de 1994, Ley 80 de 1993, Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.
2. Citó la sentencia C-555 de 1994 proferida por la Corte Constitucional, para referirse a la actividad de los docentes vinculados por Órdenes de Prestación de Servicios en comparación con los docentes vinculados como empleados públicos, y señaló que en ambos casos se presentan los elementos de la relación laboral, por lo tanto, no es predicable la aplicación exclusiva de privilegios laborales a favor de unos y en contra de otros.

1. Refirió que, en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado, se concluyó que la labor desempeñada bajo la modalidad de OPS constituye una verdadera relación laboral por cuanto se dan los elementos requeridos para el efecto, elementos que conllevan al reconocimiento de las prestaciones sociales en aplicación a los postulados constitucionales.

1. Sostuvo que en este caso se encuentra acreditado el elemento de subordinación, en tanto las ordenes de prestación de servicios: i) determinaban el lugar de prestación del servicio educativo, asignado una institución educativa especifica adscrita a la Secretaría de Educación de Boyacá, ii) el servicio se prestaba en un cargo que ocupaba un docente del planta de personal de la entidad, iii) se le asignaba un jefe o superior, el cual le indicaba la asignación de un horario, un curso a dirigir, aprobaba o no el plan educativo, entre otras, iv) el pago mensual por su labor era equivalente a la categoría que acredite el escalafón, v) desempeñaba las mismas funciones que los docentes que se encontraban en carrera o en provisionalidad de la planta global de la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá.

1. Dijo que la entidad demandada violó los derechos laborales de la demandante, al disfrazar un contrato laboral en un contrato de prestación de servicios, por lo que, debe darse aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formas al evidenciarse la existencia de una verdadera relación laboral.

1. Señaló que, al omitirse la afiliación y aportes pensionales, afecta su derecho pensional, el cual según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debe efectuar el cálculo actorial o en su defecto asumir la cuota parte pensional que llegase a corresponder por su omisión como empleador.

 **II.** **TRÁMITE PROCESAL**

# Radicación y admisión de la demanda

9. La demanda fue radicada el 15 de marzo de 2019 ante los Juzgados Administrativos, correspondiendo por reparto al Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso (Archivo n.°11), quien, mediante auto de 27 de septiembre de 2019 admitió la demanda y ordenó notificar a la entidad demandada y al Agente del Ministerio Público (Archivo n.°13).

# Contestación de la demanda

**Departamento de Boyacá (Archivo n.°20).**

1. El apoderado de la entidad refirió que el acto administrativo demandado no infringió ninguna de las normas legales ni constitucionales referidas en la demanda, toda vez que nació a la vida jurídica como consecuencia de la aplicación del ordenamiento jurídico, en tanto la vinculación se hizo de forma regular basada en contratos cuyas reglas se encuentran establecidas en la Ley 80 de 1993, para garantizar la cobertura educativa.

1. Sostuvo que los contratos de prestación de servicios no generan una prestación de carácter laboral, y solo dan lugar al pago de los honorarios pactados, por lo que, no es procedente acceder al pago de prestaciones que solo surgen de una relación laboral.

1. Dijo que la solo existencia de una jornada laboral 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; y agregó que el hecho de estar bajo las políticas que fija el Ministerio de Educación Nacional o la entidad territorial no es atadura para consagrar la relación laboral y hacerse acreedor del reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

1. Solicitó que se declare la prescripción de los derechos prestacionales reclamados, en tanto el 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 relación, y como quiera que no lo hizo, su derecho se extinguió y no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones.

1. Finalmente, propuso como excepciones las que denominó i) cobro de lo no debido, ii) inexistencia de la relación laboral, y iii) prescripción de derecho.

# Audiencia Inicial

1. El 10 de junio de 2021 se llevó a cabo la audiencia inicial, oportunidad en la que se desarrollaron las etapas de saneamiento, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación, medidas cautelares, y decreto de pruebas, en esta última se i) incorporaron al expediente las pruebas documentales allegadas con la demanda y la contestación, ii) se decretaron como pruebas de oficio requerir a la Secretaria de Educación de Boyacá para que allegue copia de la hoja de vida de la dicente demandante, y al FOMAG para que informe si la docente se encontraba vinculada o afiliada a esa entidad en algún periodo dentro de los años 1997 a 2003 (Archivo No.30)

1. El 10 de febrero de 2022 se llevó a cabo la audiencia de pruebas, oportunidad en la que se incorporaron las pruebas documentales recaudada, se cerró la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para que presentarán alegatos de conclusión por escrito y al Ministerio Público para que conceptúe (Archivos No.43)

# Sentencia de primera instancia (Archivo n.°49)

17. Por medio de sentencia proferida el 8 de noviembre de 2022, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, resolvió:

*“****PRIMERO. -****Declarar no probadas las excepciones de mérito denominadas: (i) cobro de lo no debido, (ii) inexistencia de la relación laboral y (iii) prescripción del derecho; propuestas por el entonces apoderado de la parte demandada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO:*** *Declarar que entre la señora* ***Dory Margoth Becerra Dueñas*** *y el Departamento de Boyacá existió una relación laboral encubierta a través de órdenes de prestación de servicios, conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia.*

***TERCERO:*** *Declarar la nulidad del oficio n.° 1.2.11-38-2018 PQR47684 del 12 de septiembre de 2018, expedido por la directora administrativa de la Secretaría de Educación de Boyacá, en cuanto negó la existencia de una relación laboral entre esa entidad territorial y la demandante, desde el 3 de febrero de 1997 hasta el 12 de diciembre de 2003, salvo sus interrupciones.*

***CUARTO:*** *Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Departamento de Boyacá lo siguiente:*

*Tomar, durante el tiempo comprendido entre el 3 de febrero de 1997 y el 12 de diciembre de 2003 (salvo sus interrupciones), el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.*

*Para efectos 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 hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía.*

*Para tal efecto, la Secretaría de Educación de Boyacá deberá adelantar las gestiones administrativas que correspondan ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con miras a efectuar el cálculo actuarial de los aportes y determinar el valor a cancelar.*

***QUINTO:*** *Declarar que el tiempo laborado por la señora* ***Dory Margoth Becerra Dueñas*** *como docente bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios celebradas con el Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación, desde el 3 de febrero de 1997 hasta el 12 de diciembre de 2003, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales. (…)”*

1. El a-quo estableció como problema jurídico el siguiente: *“… determinar en el presente caso se configuró o no una relación laboral entre la señora* ***Dory Margorth Becerra Dueñas*** *y el* ***Departamento de Boyacá – Secretaria de Educación*** *durante los periodos en que aquella estuvo vinculada a través de órdenes de prestación de servicios y, si como consecuencia de ello, tiene derecho a los pagos de seguridad social (aportes a pensión) que se derivan de la misma”.*

1. Se refirió al marco jurídico y jurisprudencial sobre el contrato realidad y la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios; luego al descender al caso concreto se refirió a los hechos probados, con lo cual sostuvo que se configuró una verdadera relación laboral entre la demandante y el Departamento de Boyacá, a pesar de haber sido oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

1. Manifestó que la demandante prestó sus servicios a la Secretaria de Educación de Boyacá de manera directa y personal, atendiendo a que sus funciones se ceñían a ser docente de aula en los horarios habituales de cada colegio, por lo que la prestación del servicio era indelegable dadas las condiciones especiales del trabajo; asimismo precisó que la demandante percibió una remuneración económica por la labor personal que realizó.

1. En cuanto al elemento de subordinación, señaló que se encuentra configurado al coincidir con los calendarios académicos, el cumplimiento de actividades y horarios de trabajo propios de las instituciones educativas en las que laboró, el desarrollo de funciones iguales a las desempeñadas por los docentes con vinculación legal y reglamentaria, y de forma especial porque la subordinación o dependencia son características propias de la labor docente.

1. Así concluyó que se encuentran acreditados los tres elementos constitutivos de la relación laboral, configurándose el contrato realidad, al haber sido utilizada una figura contractual de prestación de servicios con el fin de ocultar la verdadera naturaleza de la actividad laboral.

# Recurso de apelación – Departamento de Boyacá (Archivo n.°52)

1. La apoderada de la entidad manifestó que no es procedente ordenar la realización del cálculo actuarial de los aportes pensionales que deberá sufragar el Departamento de Boyacá, pues los mismos proceden por la omisión de las obligaciones a cargo del empleador, y comoquiera que es a partir de la sentencia de primera instancia que se establece la existencia de la relación laboral, no hay lugar a establecer omisión por parte del empleador.

1. Trajo en cita la sentencia T-0281 de 2020 proferida por la Corte Constitucional, para señalar que en la actualidad el llamado cálculo actuarial se encuentra regulado en el Decreto 1833 de 2016, el cual señala que su valor depende de unas formulaciones matemáticas específicas y en su pago no participa nadie más que el empleador.

1. Sostuvo que no es procedente ordenar el cálculo actuarial, pues eso conlleva a producir un excesivo monto por concepto de aportes pensionales cuando lo que se busca es actualizarlos, y en esa medida, precisó que lo que es procedente es pagar los aportes pensionales solo en el porcentaje que a cada uno le corresponda, sin olvidar que el empleador actualizará lo que debe cancelar por concepto de aportes pensionales atendiendo a la formula contemplada en la sentencia de unificación del Consejo de Estado.
2. Afirmó que el cálculo actuarial se solicita en los casos en que el empleador omitió la afiliación del trabajador o el pago al Sistema General de Pensiones, siempre que exista una relación laboral, y en este caso, solo hasta la sentencia de primera instancia se estableció la existencia de la relación laboral, por lo tanto, no existió una omisión por parte del Departamento de Boyacá, y en consecuencia no es posible proceder a actualizar el cálculo actuarial para aportes pensionales.

1. Por lo expuesto, solicitó que se revoque el numeral cuarto de la sentencia de 8 de noviembre de 2022, pues si bien concluyó la existencia de la relación laboral y el reconocimiento y pago de aportes pensionales correspondientes a los periodos en los que se declaró la existencia de a relación laboral, no es concebible la solicitud de realización del cálculo actuarial, en la medida en que el mismo solo opera para el empleador omiso en sus obligaciones.

**Trámite de segunda instancia**

# Admisión del recurso de apelación (Archivo n.°3[[2]](#footnote-2))

1. Mediante auto de 20 de enero de 2013 se admitió el recurso de apelación presentado por la entidad demandada Departamento de Boyacá, y se ordenó la notificación al Ministerio Público delegado ante esta Corporación. Adicionalmente, se estableció que cumplido lo anterior, ingresara el expediente al despacho, para proferir sentencia; de acuerdo con lo previsto en el numeral 5º del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011 modificada por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

1. Atendiendo al impedimento manifestado por el Magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros, en virtud de la causal descrita en el numeral 4° del artículo 130 del CPACA, en razón a que un pariente en el primer grado de consanguinidad funge como contratista del Departamento de Boyacá, parte procesal en el medio de control objeto de estudio. La Sala aceptará el impedimento propuesto por el Magistrado integrante de la presente Sala de Decisión, al encontrarlo fundado.

 **III.** **CONSIDERACIONES**

# Competencia

1. Es competencia de los Tribunales Administrativos, conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

1. De conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso[[3]](#footnote-3), el superior **no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada**. Así ́ las cosas, la competencia del superior se rige por el principio de congruencia, en virtud del cual, el Juez de segunda instancia debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente, so pena de desconocer el principio de contradicción. Tal conclusión, encuentra asidero en el principio de *non reformatio in pejus*, el cual, protege la situación del apelante único, para que no se haga más gravosa.

# Problema jurídico

1. En los términos que motivan la alzada, corresponde a la Sala dilucidar si debe revocarse el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en la medida en que ordenó la realización del cálculo actuarial sobre el pago de los aportes pensionales a cargo del Departamento de Boyacá como consecuencia de la declaratoria de la existencia de una relación laboral entre la docente demandante y la entidad territorial.

1. Por su parte, el Departamento de Boyacá, como entidad recurrente indicó que no es procedente ordenar el cálculo actuarial sobre los aportes pensionales, en tanto los mismos únicamente proceden cuando el empleador omitió la afiliación del trabajador o el pago al Sistema General de Pensiones, siempre que exista una relación laboral, y en este caso, solo hasta la sentencia de primera instancia se estableció la existencia de la relación laboral, por lo que, no es dable hablar de una omisión por parte del Departamento de Boyacá, y lo procedente es actualizarlos atendiendo a la formula contemplada por el Consejo de Estado.

1. Conforme a las precisiones hechas en precedencia, se advierte que el recurso controvierte únicamente lo relativo a la orden de que se efectué el cálculo actuarial sobre los aportes pensionales que debe sufragar el Departamento de Boyacá, y en esa medida, la pregunta que orienta el problema jurídico en esta instancia es la siguiente

- ¿En virtud de la declaratoria de la existencia de una relación laboral entre la docente Dory Margot Becerra Dueñas y el Departamento de Boyacá, es procedente ordenar el cálculo actuarial sobre el pago de los aportes pensionales dispuestos a título de restablecimiento del derecho?

# Tesis de la Sala

1. La Sala modificará el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en relación con la orden de aplicar el cálculo actuarial sobre el pago de los aportes pensionales a cargo del Departamento de Boyacá, al advertirse que la aplicación del cálculo actuarial ha sido concebida como una condena en contra del empleador en razón a la omisión del deber legal de efectuar los respectivos aportes pensionales, y en este caso, la obligación a cargo del Departamento de Boyacá respecto del pago de los aportes pensionales surgió a partir de la declaratoria de la existencia del vínculo laboral, pues es a partir de allí y como consecuencia de la misma, que se ordena el pago de los aportes correspondientes, por lo que, no puede hablarse que la entidad territorial haya incurrido en la omisión del pago de los aportes pensionales.

1. En hilo con lo anterior, precisa la Sala que ordenar el cálculo actuarial sobre los aportes pensionales a cargo del Departamento de Boyacá, conlleva el desconocimiento de los parámetros fijados en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, sobre el pago de los aportes pensionales ordenados como medida de restablecimiento del derecho ante la declaratoria de la existencia del contrato realidad.

1. En consecuencia, se eliminará la orden dispuesta en el inciso final del numeral cuarto de la sentencia de 8 de noviembre de 2022, relacionada con ordenar la aplicación del cálculo actuarial sobre el pago de los aportes pensionales a cargo del Departamento de Boyacá.

# Esquema metodológico para respaldar la tesis y resolver el problema jurídico

38. En efecto, para responder al problema jurídico formulado y sustentar la tesis planteada, en primer lugar, se desarrollará: **i)** la procedencia y aplicación del cálculo actuarial en el marco del restablecimiento del derecho ante la declaratoria de existencia de una relación laboral sobre el pago de aportes pensionales, para con ello descender al estudio del **ii)** caso concreto.

# El cálculo actuarial en el marco del restablecimiento del derecho con la declaratoria de existencia de una relación laboral sobre el pago de aportes pensionales

1. Como antecedente de la aplicación del cálculo actuarial, debe indicarse que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, al establecer los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media, en su parágrafo 1° indicó que, para efectos del cómputo de las semanas de cotización exigidas para el reconocimiento de la pensión, podrían tenerse en cuenta las sumas de las semanas cotizadas en ciertos eventos, siempre que el empleador o la caja, según el caso, trasladen la suma correspondiente del trabajador que se afilie con base en el cálculo actuarial, así lo dispuso:

*“Artículo 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

*1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

*A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*

*2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

*A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*

***PARÁGRAFO 1o.*** *Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:*

* + 1. *El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;*
		2. *El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;*
		3. *El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley* [*100*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1) *de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley* [*100*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1) *de 1993.*
		4. *El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores* ***que por omisión*** *no hubieren afiliado al trabajador.*
		5. *El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley* [*100*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1) *de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.*

*En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen,* ***con base en el cálculo actuarial,*** *la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional. (…)” (*Resaltado de Sala).

1. Ahora, el inciso 2° del parágrafo 1° de la norma anteriormente citada fue reglamentado mediante el Decreto 1887 de 1994[[4]](#footnote-4), el cual estableció la metodología para el cálculo de los referidos títulos pensionales y dispuso en su artículo 2°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 hasta el 31 de marzo de 1994”.*

1. En cuanto a la finalidad del cálculo actuarial, la Corte Constitucional ha destacado:

*“(…)*

*Por tanto, si los empleadores no realizan los aportes a pensión respectivos, ya sea porque nunca afiliaron al trabajador, o de haberlo hecho, nunca pagó los aportes, no puede quedar desamparado el trabajador frente a su expectativa a obtener un derecho pensional*[*”[69].*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87120#_ftn69) *Así, dicha omisión no puede ser imputada al trabajador, ni mucho menos este deberá soportar el peso de las consecuencias adversas de la conducta de su empleador, como la imposibilidad de acceder a una pensión*[*[70]*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87120#_ftn70) *que garantice las condiciones mínimas de una subsistencia digna, pues se pondrían en riesgo derechos fundamentales como el mínimo vital, la dignidad humana y la seguridad social del empleado*[*[71].*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87120#_ftn71)

*4.5. De lo anterior se extraen tres posibilidades que generan, además, diferentes responsabilidades:*

*(…)*

*(ii) Si el empleador omitió afiliar a su trabajador a un fondo de pensiones pero lo hace (afiliación) de manera tardía, la ley contempla la obligación que tiene el empleador de trasladar al sistema, el valor de los aportes correspondientes al tiempo laborado por el empleado y que no fue cotizado por el patrono. Así, el fondo o administradora expide al empleador un cálculo actuarial de lo adeudado, correspondiente a los aportes que se debieron realizar desde el mismo momento en que inició la relación laboral*[*[73],*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87120#_ftn73) *este hace el correspondiente pago, trasladando la responsabilidad pensional a la entidad, la cual, si se cumplen los requisitos para una prestación económica deberá ser quien la asuma.*

 *(…)*

* 1. *Específicamente, en el segundo caso que se presenta cuando el empleador afilia tardíamente a su empleado, como se dijo, debe solicitar al fondo o administradora de pensiones el cálculo actuarial (aportando los demás documentos que exija la entidad para el efecto) a partir del cual debe tomar la decisión de pagar dicho valor a la administradora y trasladar el riesgo o asumir las prestaciones económicas que puedan presentarse.*

* 1. *Es clara la intensión del legislador al prever esta figura (pago del cálculo actuarial), y es la de permitirle al trabajador que el periodo que su empleador no hizo los aportes a un fondo porque no lo afilió, se contabilice dentro de su historial de semanas de cotización para todos los efectos prestacionales que se hallen inmersos dentro del Sistema General de Pensiones. De tal manera que si se hace la correspondiente afiliación del empleado por parte del empleador y se paga el valor del cálculo actuarial, a satisfacción de la entidad administradora de pensiones, los periodos pagados deben ser aplicados para la fecha en que se laboraron y debieron ser reportados.”[[5]](#footnote-5) (Resaltado de Sala).*

1. Con fundamento en dichas normas, puede decirse que la aplicación del cálculo actuarial ha sido concebida como una forma de actualización y proyección de valores adeudados en razón a la omisión de obligaciones y deberes legales por parte del empleador respecto de los empleados a su cargo, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho pensional, al ser una estimación que se hace del valor de los aportes pensionales del trabajador que el empleador omitió efectuar, ese cálculo o estimación debe ser incorporado a la historia laboral del trabajador, información que finalmente, incide en la liquidación de la pensión.

1. Así las cosas, no cabe duda de que ante el incumplimiento de las obligaciones derivadas de trámites relacionados con el reconocimiento y pago de derechos pensionales a cargo del empleador, se secundó una condena en contra de éste, materializada en el traslado de una reserva actuarial o título pensional, para que el afiliado pueda computar las semanas laboradas a efectos de garantizar la sostenibilidad del sistema.

1. Dicho ello, se colige que las omisiones del empleador respecto de la afiliación del trabajador al sistema de pensiones deben tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, siempre que exista el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial.

1. Ahora, en este punto es importante señalar que, en el marco de la declaratoria de la existencia de una relación laboral en virtud de la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la obligación a cargo del contratista – empleador respecto del pago de los aportes pensionales surge con la determinación de la existencia del vínculo laboral, pues es a partir de allí y como consecuencia de la misma, que se ordena el pago de los aportes correspondientes.

1. Lo anterior en la medida en que la vinculación que ostentaba inicialmente el trabajador fue de carácter contractual regido por la Ley 80 de 1993, la cual no implicaba legalmente la obligación del empleador (contratista) de efectuar los respectivos aportes pensionales, pues si bien, fue desvirtuado dicho vínculo contractual al encontrarse demostrados los elementos de una verdadera relación laboral derivada del contrato realidad, lo cierto es que, la responsabilidad del pago de aportes tuvo su origen en la determinación de la existencia del contrato realidad, y en esa medida, no puede hablarse que el empleador en su momento contratista haya incurrido en la omisión del pago de los aportes pensionales, pues la obligación no existía legalmente.

1. En ese orden, colige la Sala que no es procedente ordenar que se efectué el cálculo actuarial sobre el pago de los aportes pensionales ordenados como consecuencia de la declaratoria de existencia de la relación laboral, atendiendo a que su aplicación ha sido concebida como una condena en contra del empleador en razón a la omisión del deber legal de efectuar los respectivos aportes pensionales.

1. Ahora, en este punto resulta pertinente precisar que a partir de la regla fijada en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, en relación con la adopción de las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho en lo que corresponda a las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, una vez demostrada la existencia del vínculo laboral, estableció que:

*“(…)*

***3.5 Síntesis· de la Sala.*** *A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversia relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:*

*(…)*

*vii) 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, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.*

*De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a. los honorarios pactados.*

*Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia y en su lugar (i) se decretará la nulidad de lo actos administrativos demandados, en cuanto le negaron a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral****; (ii) se ordenará al ente territorial accionado tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997,"salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización. (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia 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, por lo que la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos .contractuales 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 trabajadora****; (iii) se declarará que el tiempo laborado por la demandante como maestra bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con el municipio de Ciénaga de Oro, desde el 1° de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales;(…)*

*Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión* ***se actualizarán*** *de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:*

*R = Rh. índice*

*final*

*índice inicial*

*Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.”* (Resaltado de Sala)

1. Atendiendo a los parámetros establecidos en la sentencia de unificación, frente a los aportes para pensión durante el tiempo laborado en condición de docente bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, como medida de restablecimiento del derecho originada en la declaratoria de existencia del contrato realidad, la forma en que debía efectuarse el respectivo pago se ciñó a lo siguiente:

**i)** el ingreso base de cotización -IBC sobre el cual han de calcularse los aportes, corresponderá a los honorarios pactados, **ii)** de existir diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por su parte, **iii)** el docente debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos .contractuales 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, en el porcentaje que le incumbía como trabajadora, y **iv)** las sumas que deberá cancelar la entidad por concepto de aportes para pensión **se deben actualizar** de acuerdo con la formula establecida por el Consejo de Estado.

50. Entonces, de acuerdo con las reglas establecidas en la citada sentencia de unificación, no es procedente ordenar que se efectúe el cálculo actuarial sobre el pago de los aportes a pensión ordenados a la entidad demandada, por cuanto no se observa orden alguna en ese sentido, y, por el contrario, lo que se ordena es que dichas sumas sean actualizadas de acuerdo a la siguiente formula[[6]](#footnote-6):

*R = Rh. índice final índice inicial*

# Caso concreto

1. El A quo en la sentencia recurrida al encontrar demostrados los elementos de una verdadera relación laboral derivada del contrato realidad, declaró la existencia de una relación laboral durante los periodos en que la señora Dory Margoth Becerra prestó sus servicios como docente mediante contratos de prestación de servicios con el Departamento de Boyacá, decisión que no obtuvo reparo alguno por el ente territorial demandado y, por lo tanto, no es materia de controversia en esta instancia.

1. Ahora, como consecuencia de la anterior decisión, el juez de instancia le ordenó a la entidad territorial el pago de los aportes a pensión correspondientes a los servicios que prestó como docente durante el tiempo que estuvo vinculada mediante la modalidad de órdenes de prestación de servicios, consignándolos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el porcentaje en el que le correspondía como empleador, y a su vez ordenó que se efectué el cálculo actuarial de los referidos aportes pensionales.

1. Consideración esta última de la que difiere la parte demandada, por cuanto, en su criterio, no es procedente ordenar el cálculo actuarial sobre los aportes pensionales, pues únicamente procede en los casos en que el empleador omitió la afiliación del trabajador o el pago al Sistema General de Pensiones, siempre que exista una relación laboral, y en este caso, solo hasta la sentencia de primera instancia se estableció la existencia de la relación laboral, por lo tanto, no existió una omisión por parte del Departamento de Boyacá.

1. Atendiendo al análisis efectuado líneas atrás sobre la procedencia del cálculo actuarial sobre el pago de los aportes pensionales ordenados en el marco del restablecimiento del derecho ante la declaratoria de existencia de una relación laboral, sostendrá la Sala que en el *sub examine* no es procedente ordenar la aplicación del referido cálculo actuarial, conforme a los siguientes fundamentos:

* 1. La aplicación del cálculo actuarial ha sido concebida como una condena en contra del empleador en razón a la omisión del deber legal de efectuar los respectivos aportes pensionales.

* 1. La obligación a cargo del Departamento de Boyacá respecto del pago de los aportes pensionales surgió a partir de la declaratoria de la existencia del vínculo laboral, pues es a partir de allí y como consecuencia de la misma, que se ordena el pago de los aportes correspondientes, por lo que, no puede sostenerse que la entidad territorial haya incurrido en la omisión del pago de los aportes pensionales, en tanto dicha obligación no existía legalmente.

* 1. De acuerdo con de los parámetros fijados en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, no se dispone la aplicación del cálculo actuarial sobre el pago d*e* los aportes pensionales ordenados como medida de restablecimiento del derecho como consecuencia de la declaratoria de existencia del contrato realidad.

* 1. Ordenar que se efectué el cálculo actuarial sobre los aportes pensionales ordenados a cargo del Departamento de Boyacá, sería desconocer las reglas establecidas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación.

# Conclusión

55. Teniendo en cuenta que las anteriores consideraciones no fueron tenidas en cuenta por la Juez de primera instancia, lo procedente es modificar la decisión, a efectos de eliminar la orden dispuesta en el inciso final del numeral cuarto de la sentencia de 8 de noviembre de 2022, relacionada la aplicación del cálculo actuarial sobre el pago de los aportes pensionales a cargo del Departamento de Boyacá.

 **IV.** **COSTAS**

# Costas en primera instancia

56. En la sentencia de primera instancia, el *A quo* se abstuvo de condenar en costas. Comoquiera que dicha decisión no fue objeto de recurso, permanecerá incólume.

# Costas en segunda instancia

1. En relación con la condena en costas en segunda instancia, bastará señalar que, como los recursos de apelación que dieron lugar a esta instancia, fueron presentados el 3 de febrero de 2022 (Archivo No. 34), le resultan aplicables las disposiciones de la Ley 2080 de 202116, que entró a regir el el 25 de enero de 2021.

1. Así, el artículo 47 de dicha norma, adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y, dispuso que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. Comoquiera que no se advierte que tal circunstancia haya ocurrido en el sub judice, no se condenará en costas por esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 5 del Tribunal Administrativo de

Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**Primero: Aceptar** el impedimento formulado por el Magistrado Titular del Despacho No. 4 e integrante de la Sala de Decisión No. 5 de esta Corporación, Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros.

**Segundo: Modificar** el numeral cuarto dela sentencia de primera instancia proferida el 8 de noviembre de 2022 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, en su lugar se dispone:

***“CUARTO:*** *Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Departamento de Boyacá lo siguiente:*

*Tomar, durante el tiempo comprendido entre el 3 de febrero de 1997 y el 12 de diciembre de 2003 (salvo sus interrupciones), el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.*

*Para efectos 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 hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía.”*

**Tercero: Confirmar** en lo demás lasentencia apelada.

**Cuarto: Sin costas** en esta instancia.

**Quinto:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Despacho judicial de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala Virtual, en sesión de la fecha.

#  Notifíquese y Cúmplase

*(Firmado electrónicamente)*

**BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**

Magistrada

Se acepta impedimento

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

Magistrado

*(Firmado electrónicamente)*

**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Magistrado

1. Los documentos citados en adelante corresponden al expediente electrónico que se encuentra en la sección "**GESTIÓN DE DOCUMENTOS"** del Sistema de Consulta Oficial – SAMAI primera instancia; los archivos se identificarán con el número que allí aparecen (gestión de documentos). [↑](#footnote-ref-1)
2. Samai Segunda instancia. [↑](#footnote-ref-2)
3. “(...) Artículo 328. Competencia del superior. “El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. (…) “Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (…) “En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. (…) “El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella. (…) “En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (...)” [↑](#footnote-ref-3)
4. **Por el cual se reglamenta el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo**[33](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31609#33)**de la Ley 100 de 1993.** [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional, Sentencia T-234 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlensinger [↑](#footnote-ref-5)
6. Según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación [↑](#footnote-ref-6)