



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

Sogamoso, Diciembre Quince (15) de dos mil dieciséis (2016)

*Referencia:* Nulidad y restablecimiento del derecho.  
*Radicación:* 15238-33-33-752-2014-00379-00.  
*Demandante:* Elia Cardozo Riveros.  
*Demandado:* Departamento de Boyacá- Secretaría de Educación.

### 1. ASUNTO

Corresponde al Despacho proferir sentencia de primera instancia que resuelva de fondo la demanda que da origen al proceso de la referencia.

### 2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la Señora ELIA CARDOZO RIVEROS por intermedio de apoderada judicial, solicita se declare la nulidad del Oficio No. 1.2.1.38-2013PQR42043 del 27 de Noviembre de 2013, suscrito por el Señor Mauricio Giraldo García Director de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, mediante el cual se negó la relación laboral existente entre la demandante y la entidad territorial, durante el tiempo en que se desempeñó como docente contratada bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios y consecuentemente el pago de las prestaciones sociales causadas durante ese periodo.

Así mismo, solicita se declare que entre la demandante y el Departamento de Boyacá, existió una relación laboral, por cuanto se dan los elementos de: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración dentro del lapso de tiempo comprendido entre el **12/09/97 al 30/11/97 (2.5 meses)**, del **30/03/98 al 30/11/98 (8 meses)**, del **27/01/99 al 26/11/99 (10 meses)**, del **31/01/2000 al 01/12/2000 (10 meses)**, del **02/03/2001 al 05/12/2001 (10 meses)**, del **11/02/2002 al 30/11/2002 (10 meses)**, del **03/02/2003 al 30/11/2003 (10 meses)**, periodos durante los cuales la demandante se desempeñó como docente, vinculada a través de órdenes de prestación de servicio, tiempo que solicita se declare computado para efectos pensionales, de conformidad con lo estipulado en la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho solicita se condene al Departamento de Boyacá, al pago de las prestaciones sociales que en igualdad de condiciones reconocía a los empleados públicos docentes, tales como: auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, auxilio de transporte, prima de alimentación, auxilio de movilización, calzado y vestido de labor, no canceladas por la entidad demandada y causadas durante el periodo ya referido, derivadas de la relación laboral; así como la indemnización consagrada en la Ley 244 de 1995, sin que se predique la prescripción extintiva de los derechos laborales.

Así mismo, que se reconozca, liquide y pague las cotizaciones con destino al sistema nacional de seguridad en pensiones y girarlos a la entidad que corresponda, con la finalidad de proteger las expectativas pensionales de la demandante durante el tiempo de vinculación.

Que se condene a la entidad demandada a reintegrar los dineros que hubiesen sido descontados al salario devengado por la demandante por concepto de *retención en la fuente*.

Finalmente, solicita se pague la indexación o corrección monetaria, sobre las sumas adeudadas a la demandante desde el momento en que se debió cancelar cada suma de dinero y hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones, se reconozcan, liquiden y paguen intereses de mora sobre las sumas adeudadas conforme el artículo 192 del CPACA y se dé estricto cumplimiento a la sentencia de conformidad a lo dispuesto en el artículo 189 y 192 del CPACA.

### 3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la **demandante** se sintetizan en que la demandante prestó sus servicios como docente del Servicio Público del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, de la planta docente de la entidad territorial, a través de las denominadas órdenes de prestación de servicios durante el tiempo que comprende los siguientes periodos:

- *Del 12 de Septiembre de 1997 al 30 de Noviembre de 1997.*
- *Del 30 de Marzo de 1998 al 30 de Noviembre de 1998.*
- *Del 27 de Enero de 1999 al 26 de Noviembre de 1999.*
- *Del 31 de Enero de 2000 al 01 de Diciembre de 2000.*
- *Del 02 de Marzo de 2001 al 05 de Diciembre de 2001.*
- *Del 11 de Febrero de 2002 al 30 de Noviembre de 2002.*
- *Del 03 de Febrero de 2003 al 30 de Noviembre de 2003.*

Así mismo, señaló que ejerció sus funciones como docente bajo órdenes y dirección de las autoridades educativas de la entidad demandada, en idéntico calendario y jornada laboral que aquellos docentes que laboran en la actividad estatal de la docencia y cuya vinculación fue mediante acto legal y reglamentario.

Indicó, que durante el tiempo relacionado anteriormente mantuvo una relación de carácter laboral con la administración, pues concurren los elementos esenciales de una relación de trabajo: actividad personal del trabajador, continuada subordinación del trabajador respecto de la entidad empleadora y un salario como retribución del servicio.

Manifestó, que en ejercicio del derecho fundamental de petición, por escrito radicado el 10 de Octubre de 2013, solicitó al Departamento de Boyacá se reconociera la relación laboral existente y el consecuente pago de las prestaciones sociales causadas, solicitud que le fue resuelta desfavorablemente por la entidad demandada mediante Oficio No. 1.2.1.38-2013PQR42043 del 27 de Noviembre de 2013.

Agregó, que presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante el Procurador 45 Judicial para asuntos administrativos de Tunja, diligencia que fue celebrada, declarándose fallida en virtud de la ausencia de ánimo conciliatorio.

#### **4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

En sentir de la demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violan las siguientes disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales:

Artículos 4, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, artículo 2 del Decreto Ley 2277 de 1979, artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y artículo 102 de su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, Ley 100 de 1993, artículo 104 de la Ley 115 de 1994 y artículo 57 de su Decreto Reglamentario 1860 de 1994.

Manifestó que la Constitución Política en su artículo 53 establece los derechos de los trabajadores dentro de los cuales se encuentra el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, así pues la prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida por ende las normas nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera que se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.

Indica que en sentencia C-154 de 1997, la Corte Constitucional estableció las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios señalando que el primero de ellos tiene elementos diferentes al segundo, en tanto que para que se configure el contrato de trabajo se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio en el de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la laboral contratada.

Aduce, que el artículo 2° del Decreto 2277 de 1979 y la Ley General de Educación definen la profesión docente y los fines del educador, los cuales están sometidos permanentemente a las directrices emitidas por las autoridades educativas, así como a su vigilancia e inspección, por tanto no gozan de autonomía pues si requieren de un traslado o un permiso necesitan autorización de las autoridades locales, que son las que administran la educación conforme al Estatuto Docente a través de su respectiva Secretaría de Educación.

Así mismo, los docentes deben desarrollar el horario establecido en el calendario académico el cual señala que la semana lectiva tendrá una duración promedio mínima de 25 horas efectivas de trabajo en educación básica primaria y de 30 horas en educación básica secundaria y en el nivel de educación media, no obstante el horario normal de trabajo de los maestros es el que corresponde a la jornada del plantel educativo de enseñanza donde laboran a fin de cumplir con el pensum señalado a este nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria, así las cosas puede inferirse que la labor docente no es independiente sino que el servicio se presta personalmente y está subordinado al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de educación.

Indica que se desempeñó como docente al servicio del Departamento de Boyacá, según consta en las órdenes de prestación de servicios relacionadas, por tanto concluye que las labores desarrolladas eran las mismas que la de los docentes de planta y que en el presente asunto se configuran los tres elementos de la relación

laboral, prestación personal del servicio, continuada subordinación y remuneración como contraprestación del servicio, pues la existencia de tales órdenes permiten inferir que la administración pretendió evitar el pago de prestaciones sociales encubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan los maestros, es decir son consustanciales al ejercicio docente.

Refirió que durante la relación laboral que existió era obligatoria la afiliación al Sistema General de la Seguridad Social en pensiones en igualdad de condiciones que los demás empleados públicos docentes, pues al omitir tal obligación se vulneró su derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, en consecuencia debe protegerse su expectativa pensional pues no de otra forma se cumple con el objeto de la ley 100 de 1993, por tanto se deben efectuar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, declarando igualmente que el tiempo laborado bajo la modalidad de orden de prestación de servicios debe computarse para efectos pensionales.

##### 5. CONTESTACION DE LA DEMANDA

El **Departamento de Boyacá**, mediante apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por la demandante (ffs. 79 a 88), indicando que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho pues no es legal acceder al reconocimiento y pago de prestaciones sociales reclamadas por la parte demandante.

Manifestó que no le asiste el derecho a la docente, ya que el contrato celebrado fue ajustado a derecho y obedeciendo lo establecido en la Ley 80 de 1993 en lo que refiere a órdenes de prestación de servicios que celebró la entidad demandada para garantizar la cobertura educativa, garantizando a los niños en edad escolar su derecho a recibir educación formal.

Aduce que la modalidad de contrato de prestación de servicios no genera una prestación de carácter laboral, pues solo da lugar al pago de los honorarios pactados y por tal razón resulta improcedente el pago de prestaciones las que solo surgen en virtud de una relación laboral o legal y reglamentaria, además no puede concluirse que la sola existencia de una jornada 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 que la demandante no cumple con los requisitos exigidos en la ley para acceder a tales prestaciones sociales por no ser empleada pública.

Finalmente, el apoderado propuso las excepciones denominadas "*falta de sustento legal*" y "*prescripción extintiva*" señalando frente a la primera que la contratación mediante órdenes de prestación de servicios se efectuó atendiendo las directrices nacionales establecidas en el Decreto 2713 de 2001, Decreto 688 de 2002, inciso 4 artículo 38 de la Ley 715 de 2001, Decreto 3621 de 2003 y Decreto 1528 de 2002, así pues al presentarse ausencia de causa y teniendo claridad que el Departamento de Boyacá se limitó a cumplir órdenes impartidas por el Gobierno Nacional para atender las funciones propias de docentes de propiedad que se encuentren en alguna situación administrativa o en vacancia definitiva el cargo mientras se realizaba el concurso para proveer el mismo de forma definitiva.

Finalmente, respecto de la segunda, adujo que un derecho previsto por el Legislador implica para su titular una obligación correlativa de diligencia para materializarlo, pues si tal obligación se omite genera consecuencias adversas a

quién no actúa conforme a tal postulado, así mismo la prescripción involucra una medida de justicia en procura del principio de seguridad jurídica y la conservación del orden, para que no existan derechos absolutos y obligaciones eternas e inextinguibles (fls. 85 a 88).

Valga precisar que la excepción mixta de "prescripción extintiva" fue despachada favorablemente en audiencia inicial celebrada el 28 de Septiembre de 2015 por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, dando por terminado el proceso (fl. 99 a 101), sin embargo la anterior decisión fue revocada parcialmente por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del 26 de Febrero de 2016, toda vez que frente a lo relacionado con la pretensión de pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, el Superior dispuso que se continuará con el proceso de la referencia (fls. 126 a 130).

#### 6. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Tunja el 20 de Mayo de 2014 (fl. 14), siendo asignada por reparto al Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, despacho que mediante providencia del 23 de Mayo de 2014 se abstuvo de avocar conocimiento del medio de control de la referencia y en consecuencia remitió el proceso al Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos para que fuera repartido a los Juzgados Administrativos del Circuito de Duitama (fl 60 y 61).

Efectuado el reparto anterior, correspondió al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión en Oralidad del Circuito de Duitama conocer de la demanda la cual por auto del 12 de Junio de 2014 fue inadmitida (fl. 66) y que luego de ser subsanada por parte de la apoderada de la demandante fue admitida por la misma instancia judicial (fl. 72).

Posteriormente, fue celebrada audiencia inicial el 28 de Enero de 2015 en la cual se declaró probada la excepción de *prescripción extintiva* en razón a que la demandante esperó hasta el 10 de Octubre de 2013 para presentar petición solicitando el reconocimiento de la relación laboral ante la entidad demandada, por tanto dejó transcurrir 10 años desde el último vínculo contractual que data del 2003 hasta la fecha de la reclamación ante la administración, así como para acudir a la jurisdicción, así pues se declaró que los derechos reclamados se encontraban prescritos pues los mismos debieron demandarse dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo; la anterior decisión fue objeto de recurso de apelación por la apoderada de la parte demandante, el cual fue concedido en el efecto suspensivo ante el Tribunal Administrativo de Boyacá (fls.99 a 101).

El Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 26 de Febrero de 2016, al desatar el recurso de apelación, revocó de forma parcial la decisión que declaró probada la excepción de *prescripción extintiva* y dio por terminado el proceso, señalando que era necesaria una clasificación de la pretensiones formuladas, toda vez que tratándose de salarios y prestaciones a título de indemnización (sic) la prescripción debía atenderse a la regla general, según la cual el interesado tiene la carga de realizar la petición ante la administración dentro del término de 3 años contados a partir de la fecha de finalización de cada vínculo contractual o del último según exista continuidad o no en la prestación del servicio, por tanto al observarse que en efecto transcurrieron más de 3 años entre la terminación del vínculo y la fecha en que la demandante presentó reclamación, el Tribunal declaró configurada la prescripción respecto a dicha pretensión (fl. 128 a 130).

Ahora bien, en lo atinente a los aportes de **pensión** al sistema de seguridad social, el Superior indicó que la *imprescriptibilidad* de las acciones judiciales en material pensional es un fenómeno que se constituye como la excepción a la regla general que se encuentra justificado en razón a la naturaleza del derecho, su finalidad humanística y los alcances vitalicios del mismo, por ende no le era posible al A quo dar por terminado el proceso de la referencia, pues debe definirse en la sentencia de primera instancia si existe mérito para ordenar el pago de los aportes a pensión y en consecuencia ordenó seguir adelante con el proceso respecto de dicha pretensión.

Decidido lo anterior, se envió el proceso a Duitama para ser repartido correspondiéndole al Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, el cual mediante providencia del 16 de Mayo de 2016 no aprehendió conocimiento del mismo y ordenó remitir por competencia territorial a la Oficina de Reparto Judicial de Sogamoso para ser repartido entre los Juzgados Administrativos de dicho circuito (fl. 136).

Por reparto el asunto se asigna a este Despacho Judicial (fl. 139), el cual mediante providencia del 20 de Junio de 2016 avocó conocimiento, obedeció y cumplió lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Boyacá y fijó fecha para continuar con la audiencia inicial, la cual fue celebrada el 28 de Julio de 2016 (fl. 143 y 144), el 8 de Septiembre de 2016 se celebró audiencia de pruebas (fls. 213 a 214); que continuó el 6 de Octubre de 2016 sesión en la que se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 222 reverso).

#### 7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Los apoderados de las partes de la litis guardaron silencio durante el término de traslado, de igual manera el **Ministerio Público** tampoco hizo uso de su facultad de intervención en el presente asunto.

#### 8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si entre la Señora ELIA CARDOZO RIVEROS y el DEPARTAMENTO DE BOYACA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, se configuró un vínculo laboral, que desnaturalizó los contratos de prestación de servicios suscritos por ambas partes, para así establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de aportes dejados de cancelar al Sistema de Seguridad Social en **pensiones** causados durante el tiempo en que desempeñó como docente al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá.

Valga precisar que no es objeto de análisis de esta sentencia, las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir o indemnización reclamada, pues como ya se dijo en apartes anteriores, dentro de este proceso se declaró probada de oficio la *excepción de prescripción extintiva* del derecho.

Así las cosas, para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado el Despacho considera necesario realizar un análisis frente a los siguientes temas, a saber: i) Marco Normativo y Jurisprudencial del contrato realidad y el ejercicio docente; ii) Caso concreto.

## 9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL - Contrato Realidad.

Se tiene de presente que, la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios fue autorizada por el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al permitirle a las Entidades Estatales, celebrar este tipo de contratos, con personas naturales, para el cumplimiento de sus competencias "cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado", así mismo del contenido de los artículos 2º del Decreto 2277 de 1979 y 104 de la Ley 115 de 1994 se puede inferir que la labor docente prestada en las instituciones educativas, por la naturaleza misma del servicio que se suministra, no es autónoma e independiente, al establecer lo siguiente:

El artículo 2º del Decreto 2277 de 1979, dispone:

*"Artículo 2º.- Profesión docente. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores.*

*Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de conserjería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo"*

Por su parte el artículo 104 de la Ley 115 de 1994, consagra:

*"El educador. El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad.*

*Como factor fundamental del proceso educativo:*

- a) Recibirá una capacitación y actualización profesional,*
- b) No será discriminado por razón de sus creencias filosóficas, políticas o religiosas,*
- c) Llevará a la práctica el Proyecto Educativo Institucional, y mejorará permanentemente el proceso educativo mediante el aporte de ideas y sugerencias a través del Consejo Directivo, el Consejo Académico y las Juntas Educativa"*

En efecto, los educadores prestan sus servicios de forma personal y están sujetos al cumplimiento de los reglamentos propios del ramo docente, lo cual implica subordinación, pues si bien es cierto para la prestación de este servicio, el Estado ha acudido a la vinculación de tipo laboral para unos casos y de tipo contractual para otros, también lo es que en el plano legal, el contrato de trabajo difiere del de prestación de servicios, por sus elementos sustanciales, esto es: la prestación del servicio, la subordinación o dependencia y la remuneración como contraprestación directa del servicio, no obstante la jurisprudencia constitucional<sup>1</sup> ha indicado que el elemento que verdaderamente es determinante y denota la diferencia entre estas formas de vinculación, es la subordinación o dependencia<sup>2</sup>.

*"En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente, consistente en la*

<sup>1</sup> Sentencia C-386/00 cinco (5) de abril de dos mil (2000)

<sup>2</sup> Sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997 de la Corte Constitucional.

*actitud por parte de la administración contratante de impartir ordenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente." (Negrilla fuera de texto).*

Mientras que en el contrato laboral, el trabajador goza de las prestaciones que establece la ley para este tipo de vinculación, quien contrata con el estado bajo la modalidad de prestación de servicios, no puede tener frente a la administración, sino la calidad de contratista independiente, por tanto no tiene derecho a las mencionadas prestaciones sociales, lo que de suyo, implica un elemento odioso de diferenciación, únicamente por razón de la modalidad de su vinculación.

Este criterio de diferenciación entre los docentes temporales vinculados mediante la modalidad de prestación de servicios y aquellos vinculados como empleados públicos, ha sido analizado por la Corte Constitucional<sup>3</sup> para concluir que

*"la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos (...)"*

No desconoce el Despacho, el principio consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, interpretado en armonía con el artículo 13 ibidem que implica el hecho de obtener igual trato de quienes prestan el servicios al Estado bajo la modalidad contractual, en relación con quienes lo prestan por la existencia de una relación laboral, llámese ella legal y reglamentaria o contractual, pues, las relaciones de trabajo se sujetan a una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, de lo que se colige que el trato a las personas que se encuentran en la misma situación fáctica debe ser idéntico.

En efecto, los contratistas de prestación de servicios y los servidores públicos no pueden estar en las mismas condiciones y, precisamente por ello, cuando en desarrollo de la actividad o por su misma condición se desnaturaliza la contratación administrativa y deriva una relación laboral, mal puede mantenerse el régimen aplicable al contrato administrativo, cuando lo que se configura es una vinculación de contornos o características laborales similares, así lo reiteró el Tribunal Administrativo de Boyacá, al indicar:

*"Por lo expuesto, se puede decir que quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y, quien celebra un contrato de trabajo tiene derecho al pago de éstas no obstante, si el interesado logra desvirtuar la existencia del contrato de prestación de servicios al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales".<sup>4</sup>*

Empero, es preciso aclarar que en el *sub-examine* el problema jurídico no se contrae a la discusión de la forma de vinculación al servicio público, pues de hecho, la demanda no se contrae a conceder a la demandante la condición de empleada pública o trabajadora oficial, sino de reconocer que su labor docente se desarrolló bajo los contornos de una verdadera relación laboral: servicio personal, subordinación laboral y remuneración como contraprestación por el servicio, elementos que necesariamente conllevan al reconocimiento y pago de aportes pensionales dejados de cancelar al Sistema de Seguridad Social, sin que ello implique reconocimiento de status de empleada pública y, mucho menos, de trabajadora oficial.

<sup>3</sup>Sentencia C-555 de 1994, de la Corte Constitucional

<sup>4</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA, SALA DE DECISION No. 2 Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante Olga Cecilia Fonseca González, Exp. 15001-31-33-01-02005-0850-01, M.P. JORGE ELIECER FANDIÑO

En lo relativo al enfoque del derecho a la igualdad vale la pena señalar el tratamiento que al mismo da la sentencia IJ-039 del Consejo de Estado para concluir que no es viable considerarlo en casos disímiles como son el del contratista y el del servidor público, tesis que comparte el Despacho, porque resulta obvio que ante realidades diversas, necesariamente ha de concluirse que las consecuencias legales también deben ser diferentes, ya que las condiciones están previstas de manera específica para cada modalidad: **la del contratista y la del empleado público**, tarea que correspondió al legislador.

Por ello, se reitera, el examen que corresponde hacer al juez debe partir de la actividad y de la forma como esta se realizaba, para así determinar sobre la realidad de los hechos y no desde la formalidad de la ley.

#### 10. EL CONTRATO REALIDAD Y EL EJERCICIO DE LA DOCENCIA.

El honorable Consejo de Estado en distintos pronunciamientos ha manifestado<sup>5</sup> que para admitir que una persona desempeña un empleo público en su condición de empleado público -relación legal y reglamentaria propia del derecho administrativo- y se deriven los derechos que ellos tienen, es necesaria la verificación de elementos propios de esta clase de relación como son: 1) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política); 2) La determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y 3) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo; requisitos indispensables para hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales.

Además, sostuvo que "en la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la subordinación que impera en la relación laboral privada; aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las Leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, en los cuales se consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones etc. a que están sometidos los servidores públicos"<sup>6</sup>.

No obstante, ha precisado que en casos particulares como los de los docentes, es necesario, brindar más flexibilidad<sup>7</sup>, como quiera que elementos como la subordinación y la dependencia se encuentren ínsitos en la labor que ellos desarrollan en la entidad para la cual han sido contratados, afirmación que se sustenta en la existencia de diferentes normas y criterios jurisprudenciales.

Sobre el particular, la sección segunda -subsección "A", del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de agosto de 2008, bajo el No. Interno 0157-08, con ponencia del Magistrado Dr. Gustavo Gómez Aranguren, indicó que en relación con los educadores que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios, la situación resulta especialmente distinta, pues frente a ellos, las exigencias que prueban la existencia de un contrato realidad deben observarse en forma más flexible, como quiera que la subordinación y la dependencia son inherentes a la labor que desarrollan, es decir, que resultan consustanciales al ejercicio docente, de igual manera señaló:

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A", Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia del seis (6) de marzo de 2008, Radicación No. 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06)

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Aclaración de voto 4294-04 M.P. Tarsicio Cáceres Toro.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sentencia de noviembre 17 de 2005, rad.No. 4294, M.P. Jaime Moreno G.

"La vinculación de los docentes bajo la modalidad de prestación de servicios fue permitida transitoriamente en principio por la Ley 60 de 1993; sin embargo, ésta no derogó el Decreto 2277 de 1979 que en su artículo 2º definió la labor docente: (...)

"Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo".

(...) Adicionalmente, el artículo 45 del Decreto 2277 de 1979, señala que a los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa; y en el artículo 44, se delimita como deberes a su cargo los siguientes:

- a) Cumplir la Constitución y las leyes de Colombia;
- b) Inculcar en los educandos el amor por los valores históricos de la Nación y el respeto a los símbolos patrios;
- c) Desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo;
- d) **Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos;**
- e) Cumplir un trato cortés a sus compañeros y a sus subordinados y compartir tareas con espíritu de solidaridad y unidad de propósito;
- f) **Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo;**
- g) Velar por la conservación de útiles, equipos, muebles y bienes que le sean confiados;
- h) Observar una conducta pública acorde con el decoro y la dignidad del cargo;
- i) Las demás que para el personal docente, determinen las leyes y los reglamentos ejecutivos." (Destaca la Sala)

Ahora, respecto al horario que deben desarrollar los docentes, el artículo 57 del Decreto 1860 de 1994, reglamentario de la Ley 115 de 1994, establece que el calendario académico de todos los establecimientos educativos estatales y privados tendrán una sola jornada diurna, que la semana lectiva tendrá una duración promedio mínima de 25 horas efectivas de trabajo en educación básica primaria y de 30 horas en educación básica secundaria y en el nivel de educación media.<sup>8</sup> Así, esta Sección admitió, en fallos como el del 5 de agosto de 1993<sup>9</sup>, que el horario normal de trabajo de los maestros es el que corresponde a la jornada de los planteles educativos de enseñanza donde laboran a fin de cumplir con el pensum señalado a cada nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria.

(...)

"Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados - actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes - empleados públicos -, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos....".

**Así queda claro que la labor prestada por el docente vinculado mediante contrato de prestación de servicios encubre una relación laboral en virtud de la subordinación implícita en la actividad que desarrolla y en tal sentido debe dársele un trato igualitario frente a quienes ejercen la misma labor bajo una relación de carácter legal y reglamentario, salvo aquellos casos en que las circunstancias justifiquen razonablemente el trato diferenciado.**<sup>10</sup> (Negrillas del Despacho)

Al respecto ha dicho con claridad el Tribunal Administrativo de Boyacá que frente al servicio que prestan los docentes, **quien demuestre que ha sido vinculado para desarrollar tal actividad, está relevado de probar los elementos de subordinación y dependencia pues la naturaleza misma del servicio se lo imponen.**<sup>11</sup> (Negrilla fuera de texto).

<sup>8</sup> Expediente No. 6193, C.P. Clara Forero de Castro.

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección "A". Sentencia de catorce (14) de agosto de dos mil ocho (2008), Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, No. Interno 0157-08. M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

<sup>10</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 1. Actor : Flor Edilma Pineda Molina. Demandado: Municipio de Motavita. Expediente: 15001 3133 011 2001 02345 01. MP. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

## 11. CASO CONCRETO

Expuesto lo anterior, el Despacho entrará a determinar si en el *sub examine* se encuentra demostrado que no existe diferencia alguna entre la actividad desplegada por la demandante en su condición de docente vinculada mediante contrato de prestación de servicios y la actividad efectuada por los demás docentes-empleados públicos del Departamento de Boyacá y en esta medida establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de aportes dejados de cancelar al Sistema de Seguridad Social en pensiones causados durante el tiempo en que desempeñó como docente al servicio de la entidad Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá en virtud del contrato realidad.

Así las cosas, la señora ELIA CARDOZO RIVEROS alega haber prestado sus servicios profesionales y personales para el desarrollo de funciones que correspondían al giro ordinario de la administración, es decir, para desempeñar funciones de carácter permanente propias del ente departamental en los diferentes municipios, relacionadas con la formación integral de la comunidad escolar dentro de un horario determinado, situación que inicialmente implica necesariamente un trato subordinado y dependiente de la Administración.

Así mismo, del material probatorio recaudado, se encuentra acreditado el tiempo de servicios docente en virtud de 11 órdenes de prestación de servicios suscritas entre la demandante y la entidad demandada así:

Número orden de Prestación de servicios.	Plazo
Número de orden 72 (fl. 19 a 21) Certificación de historial laboral (fl. 155).	Del 12 de Septiembre de 1997 al 30 de Noviembre de 1997.
Número de orden 01 (fl. 22 a 24) Certificación de historial laboral (fl. 157).	Del 30 de Marzo de 1998 al 15 de Junio de 1998.
Número de orden 26 (fl. 25 a 27) Certificación de historial laboral (fl. 159).	Del 13 de Julio de 1998 al 30 de Noviembre de 1998
Número de orden 12 (fl. 28 a 30) Certificación de historial laboral (fl. 161).	Del 27 de Enero de 1999 al 11 de Junio de 1999.
Número de orden 64 (fl. 31 a 33) Certificación de historial laboral (fl. 163)	Del 12 de Julio de 1999 al 26 de Noviembre de 1999.
Número de orden 002 (fl. 34 a 36) Certificación de historial laboral (fl. 165).	Del 31 de Enero de 2000 al 9 de Junio de 2000.
Número de orden 45 (fl. 37 a 39) Certificación de historial laboral (fl. 167).	Del 10 de Julio de 2000 al 01 de Diciembre de 2000
Número de orden 75 (fl. 40 a 42) Certificación de historial laboral (fl. 169)	Del 02 de Marzo de 2001 al 15 de Junio de 2001.
Número de orden 1000 (fl. 43 a 45) Certificación de historial laboral (fl. 171)	Del 9 de Julio de 2001 al 05 de Diciembre de 2001.
Número de orden 019 (fl. 46 a 48) Certificación de historial laboral (fl. 173)	Del 11 de Febrero de 2002 al 30 de Noviembre de 2002
Número de orden 029 (fl. 49 y 50) Certificación de historial laboral (fl. 175)	Del 03 de Febrero de 2003 al 30 de Noviembre de 2003

Las anteriores órdenes de prestación de servicios, fueron allegadas por la parte demandante, por la entidad demandada y se encuentran certificadas con la expedición de la historia laboral de la demandante, tal y como se relacionó en la tabla anterior.

Así mismo, se observa de los vínculos contractuales suscritos, que la Señora ELIA CARDOZO RIVEROS, prestó sus servicios profesionales como docente al servicio del Departamento de Boyacá y con destino en su mayoría a Colegio de Toquilla del Municipio de Aquitania, a la Escuela Normal Superior del Municipio de Socha y al Instituto Agrícola del Municipio de Toca, recibiendo como contraprestación del servicio, el valor pactado por concepto de honorarios en cada contrato, tales pagos se encuentran debidamente certificados por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá (fls. 208 a 211).

De igual manera la docente contratista, estuvo sujeta a subordinación, toda vez que debía cumplir horario y su desempeño se desarrolló en igualdad de condiciones a los demás profesores de planta de la entidad demandada, por tanto no resulta admisible una labor docente ajena al servicio personal, puesto que le correspondía el cumplimiento de los horarios y programas previstos para el sector educativo, o a la dependencia frente a las directivas de la institución educativa.

En este orden, cuando un particular presta servicios al Estado bajo el marco de la *subordinación* se configuran los elementos propios de una relación laboral y por ende, dicha situación conlleva al reconocimiento de los derechos prestacionales de cualquier trabajador al servicio del Estado, de manera que si el Departamento de Boyacá, omitió girar los aportes pensionales al Fondo al que la demandante estuviere afiliada, es forzoso concluir que vulneró su derecho a la igualdad.

La llamada vinculación contractual de la demandante en condición de docente temporal debe asimilarse a la actividad desplegada por los docentes - empleados públicos al servicio de la entidad demandada, teniendo en cuenta que ella laboraba en los mismos establecimientos educativos y desarrollaba la misma actividad material, cumplía órdenes, horario y sus servicios eran prestados de forma permanente, personal y subordinada.

En suma, es imperioso concluir que la labor desarrollada por la demandante no se ajustó al régimen aplicable al contrato de prestación de servicios sino a una relación laboral, dadas las condiciones de prestación personal del servicio, subordinación y contraprestación por los servicios prestados, de forma que el desconocimiento de las consecuencias prestacionales vulneró su derecho fundamental a la igualdad, configurándose así la relación laboral.

Así pues, la excepción denominada "*falta de sustento legal*" propuesta por el apoderado de la entidad demandada, no está llamada a prosperar, por el contrario se accederá a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 1.2.1.38-2013PQR42043 del 27 de Noviembre de 2013, suscrito por el Señor Mauricio Giraldo García Director de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, mediante el cual se negó la relación laboral existente entre la demandante y la entidad territorial, durante el tiempo en que se desempeñó como docente contratada bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada deberá reconocer, liquidar y pagar los porcentajes de cotización que correspondan causados durante los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir en los plazos pactados en las 11 órdenes de prestación de servicios que se desarrollaron en el periodo comprendido entre el **12 de Septiembre de 1997 al 30 de Noviembre de 2003**, pagos que debieron ser asumidos totalmente por la docente-contratista, no obstante tal hecho no fue demostrado por la demandante pues no obran el expediente constancias o planillas de pago por tales conceptos, por tanto incumbe realizar los aportes a que

haya lugar, con destino al fondo de prestaciones sociales del Magisterio en el porcentaje que por ley corresponda a la época en que debieron realizarse y durante todo el tiempo efectivamente laborado, el cual se computará para efectos pensionales.

## 12. DE LA PRESCRIPCIÓN

Como se manifestó en apartes anteriores, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 26 de Febrero de 2016 y en virtud del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante en contra de la decisión que declaró probada de oficio la prescripción extintiva y dio por terminado el proceso de la referencia, indicó que *"no solo se torna imprescriptible las acciones judiciales en procura de obtener el reconocimiento del derecho pensional como tal, sino además, son imprescriptibles las acciones judiciales que de cualquier forma puedan afectar los elementos centrales del derecho: la edad, el capital, el tiempo de servicio, los aportes, etc.. A juicio de la Sala, la imprescriptibilidad de tales asuntos emerge de la estrecha relación indisoluble y necesaria con el derecho mismo."*

Por otra parte la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>11</sup>, prohija la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, respecto de una reparación integral de los daños causados por la Administración al momento de celebrar el contrato realidad, indicando que es apenas lógico que la condena ordene producir plenos efectos, esto es, que el tiempo laborado sea útil para efectos de reconocimiento de la pensión de jubilación como se ordenó en sentencia de 17 de abril de 2008<sup>12</sup> en la que se dijo:

*"Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio, y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación..." (Negrilla y subrayado por el Tribunal).*

En ese orden de ideas, y al quedar establecido que se trató de una verdadera relación laboral, resulta procedente declarar que el tiempo laborado por la demandante durante la vigencia de las órdenes de prestación de servicios, sea útil para efectos pensionales, toda vez que no se realizaron aportes por el periodo de tiempo durante el cual la demandante prestó efectivamente sus servicios al Departamento de Boyacá, el cual corresponde a los plazos pactados en los contratos suscritos entre la demandante y la entidad demandada.

## 13. APORTES A PENSIÓN

En cuanto al monto que debe pagar el ente territorial demandado por concepto de aportes a pensión de la demandante y como lo ha establecido el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>13</sup>, será el determinado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, sumas que deberán ser actualizadas de conformidad con el I.P.C. y que corresponderán a cada uno de los meses en que la docente prestó efectivamente sus servicios al Departamento de Boyacá en cumplimiento de las órdenes de prestación de servicios suscritas, debiéndose trasladar dichas sumas a la administradora de pensiones en la que se encuentre o haya estado afiliado el demandante, o en su defecto a la que ella determine.

<sup>11</sup> Sentencia de 19 de febrero de 2009, Exp. No 730012331000200003449-01 (3074-2005), Actora: Ana Reinalda Triana Vluchi

<sup>12</sup> Radicación No 54001-233100020000002001 (2776-05).

<sup>13</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá, Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, providencia de fecha 24 de marzo de 2015, demandante Luz Alba Suarez González y demandado el Municipio de Chiquinquirá, Rad. 1500133330092013007301.

## 12. INDEXACION

Los valores reconocidos se ajustarán de conformidad con el artículo 187 del CPACA, desde el momento en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, entre el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada aporte a **seguridad social en pensión**, comenzando desde Septiembre de 1997 y sucesivamente hasta noviembre de 2003, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

## 13. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

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, suerte que siguen también las agencias en derecho, por cuanto se reconocen parcialmente las pretensiones de una parte porque si bien es cierto se declara la nulidad del acto enjuiciado y se ordena el restablecimiento del derecho respecto de los aportes pensionales, también lo es que prosperó la *excepción de prescripción extintiva* respecto del reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, por cuanto que no fueron reclamadas por la demandante dentro de los 3 años siguientes a la fecha del último vínculo contractual.

## 14. DECISION

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 infundadas las excepciones propuestas por la parte demandada, denominadas: *falta de sustento legal y prescripción extintiva*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.- Declarar la nulidad** del acto administrativo contenido en el Oficio No. 1.2.1.38-2013PQR42043 del 27 de Noviembre de 2013, suscrito por el Señor Mauricio Giraldo García, Director de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, mediante el cual se negó la relación laboral existente entre la demandante ELIA CARDOZO RIVEROS y el ente territorial, durante el tiempo en que se desempeñó como docente contratada bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios, periodo durante el cual se reconoce la existencia de un relación laboral.

**Tercero.- Declarar** la existencia de relación laboral entre el Departamento de Boyacá y la Señora ELIA CARDOZO RIVEROS durante los lapsos de ejecución de 11 órdenes de prestación de servicios suscritos por la demandante y el ente demandado en el periodo comprendido entre el **12 de Septiembre de 1997 al 30 de Noviembre de 2003**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**Cuarto.- Condenar** al Departamento de Boyacá a pagar a título de restablecimiento del derecho en favor de la señora ELIA CARDOZO RIVEROS identificada con cédula de ciudadanía No. 23.944.640 de Aquitania, a reconocer, liquidar y pagar las cotizaciones con destino al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, causadas durante los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, del **12 de Septiembre de 1997 al 30 de Noviembre de 2003**, para lo cual deberá girar los respectivos aportes al Fondo de Pensiones correspondiente.

**Quinto.- Declarar** que el tiempo laborado por la Señora Elia Cardozo Riveros, bajo la modalidad de órdenes de trabajo, computa para efectos pensionales.

**Sexto.- Las sumas** resultantes a favor de la demandante, se ajustarán en su valor con base en el IPC certificado por el DANE, en aplicación de la fórmula indicada en la parte considerativa de la presente providencia.

**Séptimo: Negar** las demás pretensiones de la demanda

**Octavo.-** La entidad demandada deberá cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

**Noveno.-** Abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

**Décimo.-** En firme esta providencia, archivar el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO  
JUEZ

KETC



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

Sogamoso, Diciembre Quince (15) de dos mil dieciséis (2016)

*Referencia:* Nulidad y restablecimiento del derecho.  
*Radicación:* 15238-33-33-752-2014-00379-00.  
*Demandante:* Elia Cardozo Riveros.  
*Demandado:* Departamento de Boyacá- Secretaría de Educación.

### 1. ASUNTO

Corresponde al Despacho proferir sentencia de primera instancia que resuelva de fondo la demanda que da origen al proceso de la referencia.

### 2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la Señora ELIA CARDOZO RIVEROS por intermedio de apoderada judicial, solicita se declare la nulidad del Oficio No. 1.2.1.38-2013PQR42043 del 27 de Noviembre de 2013, suscrito por el Señor Mauricio Giraldo García Director de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, mediante el cual se negó la relación laboral existente entre la demandante y la entidad territorial, durante el tiempo en que se desempeñó como docente contratada bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios y consecuentemente el pago de las prestaciones sociales causadas durante ese periodo.

Así mismo, solicita se declare que entre la demandante y el Departamento de Boyacá, existió una relación laboral, por cuanto se dan los elementos de: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración dentro del lapso de tiempo comprendido entre el **12/09/97 al 30/11/97 (2.5 meses)**, del **30/03/98 al 30/11/98 (8 meses)**, del **27/01/99 al 26/11/99 (10 meses)**, del **31/01/2000 al 01/12/2000 (10 meses)**, del **02/03/2001 al 05/12/2001 (10 meses)**, del **11/02/2002 al 30/11/2002 (10 meses)**, del **03/02/2003 al 30/11/2003 (10 meses)**, periodos durante los cuales la demandante se desempeñó como docente, vinculada a través de órdenes de prestación de servicio, tiempo que solicita se declare computado para efectos pensionales, de conformidad con lo estipulado en la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho solicita se condene al Departamento de Boyacá, al pago de las prestaciones sociales que en igualdad de condiciones reconocía a los empleados públicos docentes, tales como: auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, auxilio de transporte, prima de alimentación, auxilio de movilización, calzado y vestido de labor, no canceladas por la entidad demandada y causadas durante el periodo ya referido, derivadas de la relación laboral; así como la indemnización consagrada en la Ley 244 de 1995, sin que se predique la prescripción extintiva de los derechos laborales.

Así mismo, que se reconozca, liquide y pague las cotizaciones con destino al sistema nacional de seguridad en pensiones y girarlos a la entidad que corresponda, con la finalidad de proteger las expectativas pensionales de la demandante durante el tiempo de vinculación.

Que se condene a la entidad demandada a reintegrar los dineros que hubiesen sido descontados al salario devengado por la demandante por concepto de *retención en la fuente*.

Finalmente, solicita se pague la indexación o corrección monetaria, sobre las sumas adeudadas a la demandante desde el momento en que se debió cancelar cada suma de dinero y hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones, se reconozcan, liquiden y paguen intereses de mora sobre las sumas adeudadas conforme el artículo 192 del CPACA y se dé estricto cumplimiento a la sentencia de conformidad a lo dispuesto en el artículo 189 y 192 del CPACA.

### 3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la **demandante** se sintetizan en que la demandante prestó sus servicios como docente del Servicio Público del DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, de la planta docente de la entidad territorial, a través de las denominadas órdenes de prestación de servicios durante el tiempo que comprende los siguientes periodos:

- *Del 12 de Septiembre de 1997 al 30 de Noviembre de 1997.*
- *Del 30 de Marzo de 1998 al 30 de Noviembre de 1998.*
- *Del 27 de Enero de 1999 al 26 de Noviembre de 1999.*
- *Del 31 de Enero de 2000 al 01 de Diciembre de 2000.*
- *Del 02 de Marzo de 2001 al 05 de Diciembre de 2001.*
- *Del 11 de Febrero de 2002 al 30 de Noviembre de 2002.*
- *Del 03 de Febrero de 2003 al 30 de Noviembre de 2003.*

Así mismo, señaló que ejerció sus funciones como docente bajo órdenes y dirección de las autoridades educativas de la entidad demandada, en idéntico calendario y jornada laboral que aquellos docentes que laboran en la actividad estatal de la docencia y cuya vinculación fue mediante acto legal y reglamentario.

Indicó, que durante el tiempo relacionado anteriormente mantuvo una relación de carácter laboral con la administración, pues concurren los elementos esenciales de una relación de trabajo: actividad personal del trabajador, continuada subordinación del trabajador respecto de la entidad empleadora y un salario como retribución del servicio.

Manifestó, que en ejercicio del derecho fundamental de petición, por escrito radicado el 10 de Octubre de 2013, solicitó al Departamento de Boyacá se reconociera la relación laboral existente y el consecuente pago de las prestaciones sociales causadas, solicitud que le fue resuelta desfavorablemente por la entidad demandada mediante Oficio No. 1.2.1.38-2013PQR42043 del 27 de Noviembre de 2013.

Agregó, que presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante el Procurador 45 Judicial para asuntos administrativos de Tunja, diligencia que fue celebrada, declarándose fallida en virtud de la ausencia de ánimo conciliatorio.

#### **4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

En sentir de la demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violan las siguientes disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales:

Artículos 4, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, artículo 2 del Decreto Ley 2277 de 1979, artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y artículo 102 de su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, Ley 100 de 1993, artículo 104 de la Ley 115 de 1994 y artículo 57 de su Decreto Reglamentario 1860 de 1994.

Manifestó que la Constitución Política en su artículo 53 establece los derechos de los trabajadores dentro de los cuales se encuentra el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, así pues la prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida por ende las normas nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera que se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.

Indica que en sentencia C-154 de 1997, la Corte Constitucional estableció las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios señalando que el primero de ellos tiene elementos diferentes al segundo, en tanto que para que se configure el contrato de trabajo se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio en el de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la laboral contratada.

Aduce, que el artículo 2° del Decreto 2277 de 1979 y la Ley General de Educación definen la profesión docente y los fines del educador, los cuales están sometidos permanentemente a las directrices emitidas por las autoridades educativas, así como a su vigilancia e inspección, por tanto no gozan de autonomía pues si requieren de un traslado o un permiso necesitan autorización de las autoridades locales, que son las que administran la educación conforme al Estatuto Docente a través de su respectiva Secretaria de Educación.

Así mismo, los docentes deben desarrollar el horario establecido en el calendario académico el cual señala que la semana lectiva tendrá una duración promedio mínima de 25 horas efectivas de trabajo en educación básica primaria y de 30 horas en educación básica secundaria y en el nivel de educación media, no obstante el horario normal de trabajo de los maestros es el que corresponde a la jornada del plantel educativo de enseñanza donde laboran a fin de cumplir con el pensum señalado a este nivel de educación, independientemente de su intensidad horaria, así las cosas puede inferirse que la labor docente no es independiente sino que el servicio se presta personalmente y está subordinado al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de educación.

Indica que se desempeñó como docente al servicio del Departamento de Boyacá, según consta en las órdenes de prestación de servicios relacionadas, por tanto concluye que las labores desarrolladas eran las mismas que la de los docentes de planta y que en el presente asunto se configuran los tres elementos de la relación

laboral, prestación personal del servicio, continuada subordinación y remuneración como contraprestación del servicio, pues la existencia de tales órdenes permiten inferir que la administración pretendió evitar el pago de prestaciones sociales encubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan los maestros, es decir son consustanciales al ejercicio docente.

Refirió que durante la relación laboral que existió era obligatoria la afiliación al Sistema General de la Seguridad Social en pensiones en igualdad de condiciones que los demás empleados públicos docentes, pues al omitir tal obligación se vulneró su derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, en consecuencia debe protegerse su expectativa pensional pues no de otra forma se cumple con el objeto de la ley 100 de 1993, por tanto se deben efectuar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, declarando igualmente que el tiempo laborado bajo la modalidad de orden de prestación de servicios debe computarse para efectos pensionales.

## 5. CONTESTACION DE LA DEMANDA

El **Departamento de Boyacá**, mediante apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por la demandante (ffs. 79 a 88), indicando que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho pues no es legal acceder al reconocimiento y pago de prestaciones sociales reclamadas por la parte demandante.

Manifestó que no le asiste el derecho a la docente, ya que el contrato celebrado fue ajustado a derecho y obedeciendo lo establecido en la Ley 80 de 1993 en lo que refiere a órdenes de prestación de servicios que celebró la entidad demandada para garantizar la cobertura educativa, garantizando a los niños en edad escolar su derecho a recibir educación formal.

Aduce que la modalidad de contrato de prestación de servicios no genera una prestación de carácter laboral, pues solo da lugar al pago de los honorarios pactados y por tal razón resulta improcedente el pago de prestaciones las que solo surgen en virtud de una relación laboral o legal y reglamentaria, además no puede concluirse que la sola existencia de una jornada 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 que la demandante no cumple con los requisitos exigidos en la ley para acceder a tales prestaciones sociales por no ser empleada pública.

Finalmente, el apoderado propuso las excepciones denominadas "*falta de sustento legal*" y "*prescripción extintiva*" señalando frente a la primera que la contratación mediante órdenes de prestación de servicios se efectuó atendiendo las directrices nacionales establecidas en el Decreto 2713 de 2001, Decreto 688 de 2002, inciso 4 artículo 38 de la Ley 715 de 2001, Decreto 3621 de 2003 y Decreto 1528 de 2002, así pues al presentarse ausencia de causa y teniendo claridad que el Departamento de Boyacá se limitó a cumplir órdenes impartidas por el Gobierno Nacional para atender las funciones propias de docentes de propiedad que se encuentren en alguna situación administrativa o en vacancia definitiva el cargo mientras se realizaba el concurso para proveer el mismo de forma definitiva.

Finalmente, respecto de la segunda, adujo que un derecho previsto por el Legislador implica para su titular una obligación correlativa de diligencia para materializarlo, pues si tal obligación se omite genera consecuencias adversas a

quién no actúa conforme a tal postulado, así mismo la prescripción involucra una medida de justicia en procura del principio de seguridad jurídica y la conservación del orden, para que no existan derechos absolutos y obligaciones eternas e inextinguibles (fls. 85 a 88).

Valga precisar que la excepción mixta de "prescripción extintiva" fue despachada favorablemente en audiencia inicial celebrada el 28 de Septiembre de 2015 por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, dando por terminado el proceso (fl. 99 a 101), sin embargo la anterior decisión fue revocada parcialmente por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del 26 de Febrero de 2016, toda vez que frente a lo relacionado con la pretensión de pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, el Superior dispuso que se continuará con el proceso de la referencia (fls. 126 a 130).

#### 6. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Tunja el 20 de Mayo de 2014 (fl. 14), siendo asignada por reparto al Juzgado Noveno Administrativo Oral de Tunja, despacho que mediante providencia del 23 de Mayo de 2014 se abstuvo de avocar conocimiento del medio de control de la referencia y en consecuencia remitió el proceso al Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos para que fuera repartido a los Juzgados Administrativos del Circuito de Duitama (fl 60 y 61).

Efectuado el reparto anterior, correspondió al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión en Oralidad del Circuito de Duitama conocer de la demanda la cual por auto del 12 de Junio de 2014 fue inadmitida (fl. 66) y que luego de ser subsanada por parte de la apoderada de la demandante fue admitida por la misma instancia judicial (fl. 72).

Posteriormente, fue celebrada audiencia inicial el 28 de Enero de 2015 en la cual se declaró probada la excepción de *prescripción extintiva* en razón a que la demandante esperó hasta el 10 de Octubre de 2013 para presentar petición solicitando el reconocimiento de la relación laboral ante la entidad demandada, por tanto dejó transcurrir 10 años desde el último vínculo contractual que data del 2003 hasta la fecha de la reclamación ante la administración, así como para acudir a la jurisdicción, así pues se declaró que los derechos reclamados se encontraban prescritos pues los mismos debieron demandarse dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo; la anterior decisión fue objeto de recurso de apelación por la apoderada de la parte demandante, el cual fue concedido en el efecto suspensivo ante el Tribunal Administrativo de Boyacá (fls.99 a 101).

El Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 26 de Febrero de 2016, al desatar el recurso de apelación, revocó de forma parcial la decisión que declaró probada la excepción de *prescripción extintiva* y dio por terminado el proceso, señalando que era necesaria una clasificación de la pretensiones formuladas, toda vez que tratándose de salarios y prestaciones a título de indemnización (sic), la prescripción debía atenderse a la regla general, según la cual el interesado tiene la carga de realizar la petición ante la administración dentro del término de 3 años contados a partir de la fecha de finalización de cada vínculo contractual o del último según exista continuidad o no en la prestación del servicio, por tanto al observarse que en efecto transcurrieron más de 3 años entre la terminación del vínculo y la fecha en que la demandante presentó reclamación, el Tribunal declaró configurada la prescripción respecto a dicha pretensión (fl. 128 a 130).

Ahora bien, en lo atinente a los aportes de **pensión** al sistema de seguridad social, el Superior indicó que la *imprescriptibilidad* de las acciones judiciales en material pensional es un fenómeno que se constituye como la excepción a la regla general que se encuentra justificado en razón a la naturaleza del derecho, su finalidad humanística y los alcances vitalicios del mismo, por ende no le era posible al A quo dar por terminado el proceso de la referencia, pues debe definirse en la sentencia de primera instancia si existe mérito para ordenar el pago de los aportes a pensión y en consecuencia ordenó seguir adelante con el proceso respecto de dicha pretensión.

Decidido lo anterior, se envió el proceso a Duitama para ser repartido correspondiéndole al Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, el cual mediante providencia del 16 de Mayo de 2016 no aprehendió conocimiento del mismo y ordenó remitir por competencia territorial a la Oficina de Reparto Judicial de Sogamoso para ser repartido entre los Juzgados Administrativos de dicho circuito (fl. 136).

Por reparto el asunto se asigna a este Despacho Judicial (fl. 139), el cual mediante providencia del 20 de Junio de 2016 avocó conocimiento, obedeció y cumplió lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Boyacá y fijó fecha para continuar con la audiencia inicial, la cual fue celebrada el 28 de Julio de 2016 (fl. 143 y 144), el 8 de Septiembre de 2016 se celebró audiencia de pruebas (fls. 213 a 214); que continuó el 6 de Octubre de 2016 sesión en la que se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 222 reverso).

#### 7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Los apoderados de las partes de la litis guardaron silencio durante el término de traslado, de igual manera el **Ministerio Público** tampoco hizo uso de su facultad de intervención en el presente asunto.

#### 8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si entre la Señora ELIA CARDOZO RIVEROS y el DEPARTAMENTO DE BOYACA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, se configuró un vínculo laboral, que desnaturalizó los contratos de prestación de servicios suscritos por ambas partes, para así establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de aportes dejados de cancelar al Sistema de Seguridad Social en **pensiones** causados durante el tiempo en que desempeñó como docente al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá.

Valga precisar que no es objeto de análisis de esta sentencia, las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir o indemnización reclamada, pues como ya se dijo en apartes anteriores, dentro de este proceso se declaró probada de oficio la *excepción de prescripción extintiva* del derecho.

Así las cosas, para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado el Despacho considera necesario realizar un análisis frente a los siguientes temas, a saber: i) Marco Normativo y Jurisprudencial del contrato realidad y el ejercicio docente; ii) Caso concreto.

## 9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL - Contrato Realidad.

Se tiene de presente que, la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios fue autorizada por el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al permitirle a las Entidades Estatales, celebrar este tipo de contratos, con personas naturales, para el cumplimiento de sus competencias "cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado", así mismo del contenido de los artículos 2º del Decreto 2277 de 1979 y 104 de la Ley 115 de 1994 se puede inferir que la labor docente prestada en las instituciones educativas, por la naturaleza misma del servicio que se suministra, no es autónoma e independiente, al establecer lo siguiente:

El artículo 2º del Decreto 2277 de 1979, dispone:

*"Artículo 2º.- Profesión docente. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores.*

*Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de conserjería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo"*

Por su parte el artículo 104 de la Ley 115 de 1994, consagra:

*"El educador. El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad.*

*Como factor fundamental del proceso educativo:*

- a) Recibirá una capacitación y actualización profesional,*
- b) No será discriminado por razón de sus creencias filosóficas, políticas o religiosas,*
- c) Llevará a la práctica el Proyecto Educativo Institucional, y mejorará permanentemente el proceso educativo mediante el aporte de ideas y sugerencias a través del Consejo Directivo, el Consejo Académico y las Juntas Educativa"*

En efecto, los educadores prestan sus servicios de forma personal y están sujetos al cumplimiento de los reglamentos propios del ramo docente, lo cual implica subordinación, pues si bien es cierto para la prestación de este servicio, el Estado ha acudido a la vinculación de tipo laboral para unos casos y de tipo contractual para otros, también lo es que en el plano legal, el contrato de trabajo difiere del de prestación de servicios, por sus elementos sustanciales, esto es: la prestación del servicio, la subordinación o dependencia y la remuneración como contraprestación directa del servicio, no obstante la jurisprudencia constitucional<sup>1</sup> ha indicado que el elemento que verdaderamente es determinante y denota la diferencia entre estas formas de vinculación, es la subordinación o dependencia<sup>2</sup>.

*"En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente, consistente en la*

<sup>1</sup> Sentencia C-386/00 cinco (5) de abril de dos mil (2000)

<sup>2</sup> Sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997 de la Corte Constitucional.

*actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente." (Negrilla fuera de texto).*

Mientras que en el contrato laboral, el trabajador goza de las prestaciones que establece la ley para este tipo de vinculación, quien contrata con el estado bajo la modalidad de prestación de servicios, no puede tener frente a la administración, sino la calidad de contratista independiente, por tanto no tiene derecho a las mencionadas prestaciones sociales, lo que de suyo, implica un elemento odioso de diferenciación, únicamente por razón de la modalidad de su vinculación.

Este criterio de diferenciación entre los docentes temporales vinculados mediante la modalidad de prestación de servicios y aquellos vinculados como empleados públicos, ha sido analizado por la Corte Constitucional<sup>3</sup> para concluir que

*"la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos (...)"*

No desconoce el Despacho, el principio consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, interpretado en armonía con el artículo 13 ibidem que implica el hecho de obtener igual trato de quienes prestan el servicios al Estado bajo la modalidad contractual, en relación con quienes lo prestan por la existencia de una relación laboral, llámese ella legal y reglamentaria o contractual, pues, las relaciones de trabajo se sujetan a una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, de lo que se colige que el trato a las personas que se encuentran en la misma situación fáctica debe ser idéntico.

En efecto, los contratistas de prestación de servicios y los servidores públicos no pueden estar en las mismas condiciones y, precisamente por ello, cuando en desarrollo de la actividad o por su misma condición se desnaturaliza la contratación administrativa y deriva una relación laboral, mal puede mantenerse el régimen aplicable al contrato administrativo, cuando lo que se configura es una vinculación de contornos o características laborales similares, así lo reiteró el Tribunal Administrativo de Boyacá, al indicar:

*"Por lo expuesto, se puede decir que quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y, quien celebra un contrato de trabajo tiene derecho al pago de éstas no obstante, si el interesado logra desvirtuar la existencia del contrato de prestación de servicios al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales".<sup>4</sup>*

Empero, es preciso aclarar que en el *sub-examine* el problema jurídico no se contrae a la discusión de la forma de vinculación al servicio público, pues de hecho, la demanda no se contrae a conceder a la demandante la condición de empleada pública o trabajadora oficial, sino de reconocer que su labor docente se desarrolló bajo los contornos de una verdadera relación laboral: servicio personal, subordinación laboral y remuneración como contraprestación por el servicio, elementos que necesariamente conllevan al reconocimiento y pago de aportes pensionales dejados de cancelar al Sistema de Seguridad Social, sin que ello implique reconocimiento de status de empleada pública y, mucho menos, de trabajadora oficial.

<sup>3</sup>Sentencia C-555 de 1994, de la Corte Constitucional

<sup>4</sup> TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA, SALA DE DECISION No. 2 Acción de Nullidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante Olga Cecilia Fonseca González, Exp. 15001-31-33-01-02005-0850-01, M.P. JORGE ELIECER FANDIÑO

En lo relativo al enfoque del derecho a la igualdad vale la pena señalar el tratamiento que al mismo da la sentencia IJ-039 del Consejo de Estado para concluir que no es viable considerarlo en casos disímiles como son el del contratista y el del servidor público, tesis que comparte el Despacho, porque resulta obvio que ante realidades diversas, necesariamente ha de concluirse que las consecuencias legales también deben ser diferentes, ya que las condiciones están previstas de manera específica para cada modalidad: **la del contratista y la del empleado público**, tarea que correspondió al legislador.

Por ello, se reitera, el examen que corresponde hacer al juez debe partir de la actividad y de la forma como esta se realizaba, para así determinar sobre la realidad de los hechos y no desde la formalidad de la ley.

#### 10. EL CONTRATO REALIDAD Y EL EJERCICIO DE LA DOCENCIA.

El honorable Consejo de Estado en distintos pronunciamientos ha manifestado<sup>5</sup> que para admitir que una persona desempeña un empleo público en su condición de empleado público -relación legal y reglamentaria propia del derecho administrativo- y se deriven los derechos que ellos tienen, es necesaria la verificación de elementos propios de esta clase de relación como son: 1) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política); 2) La determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y 3) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo; requisitos indispensables para hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales.

Además, sostuvo que "en la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la subordinación que impera en la relación laboral privada; aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las Leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, en los cuales se consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones etc. a que están sometidos los servidores públicos"<sup>6</sup>.

No obstante, ha precisado que en casos particulares como los de los docentes, es necesario, brindar más flexibilidad<sup>7</sup>, como quiera que elementos como la subordinación y la dependencia se encuentren ínsitos en la labor que ellos desarrollan en la entidad para la cual han sido contratados, afirmación que se sustenta en la existencia de diferentes normas y criterios jurisprudenciales.

Sobre el particular, la sección segunda -subsección "A", del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de agosto de 2008, bajo el No. Interno 0157-08, con ponencia del Magistrado Dr. Gustavo Gómez Aranguren, indicó que en relación con los educadores que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios, la situación resulta especialmente distinta, pues frente a ellos, las exigencias que prueban la existencia de un contrato realidad deben observarse en forma más flexible, como quiera que la subordinación y la dependencia son inherentes a la labor que desarrollan, es decir, que resultan consustanciales al ejercicio docente, de igual manera señaló:

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A", Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia del seis (6) de marzo de 2008, Radicación No. 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06)

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Aclaración de voto 4294-04 M.P. Tarsicio Cáceres Toro.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sentencia de noviembre 17 de 2005, rad.No. 4294, M.P. Jaime Moreno G.

"La vinculación de los docentes bajo la modalidad de prestación de servicios fue permitida transitoriamente en principio por la Ley 60 de 1993; sin embargo, ésta no derogó el Decreto 2277 de 1979 que en su artículo 2º definió la labor docente: (...)

"Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo".

(...) Adicionalmente, el artículo 45 del Decreto 2277 de 1979, señala que a los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa; y en el artículo 44, se delimita como deberes a su cargo los siguientes:

- a) Cumplir la Constitución y las leyes de Colombia;
- b) Inculcar en los educandos el amor por los valores históricos de la Nación y el respeto a los símbolos patrios;
- c) Desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo;
- d) **Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos;**
- e) Cumplir un trato cortés a sus compañeros y a sus subordinados y compartir tareas con espíritu de solidaridad y unidad de propósito;
- f) **Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo;**
- g) Velar por la conservación de útiles, equipos, muebles y bienes que le sean confiados;
- h) Observar una conducta pública acorde con el decoro y la dignidad del cargo;
- i) Las demás que para el personal docente, determinen las leyes y los reglamentos ejecutivos." (Destaca la Sala)

Ahora, respecto al horario que deben desarrollar los docentes, el artículo 57 del Decreto 1860 de 1994, reglamentario de la Ley 115 de 1994, establece que el calendario académico de todos los establecimientos educativos estatales y privados tendrán una sola jornada diurna, que la semana lectiva tendrá una duración promedio mínima de 25 horas efectivas de trabajo en educación básica primaria y de 30 horas en educación básica secundaria y en el nivel de educación media.<sup>8</sup> Así, esta Sección admitió, en fallos como el del 5 de agosto de 1993<sup>9</sup>, que el horario normal de trabajo de los maestros es el que corresponde a la jornada de los planteles educativos de enseñanza donde laboran a fin de cumplir con el pensum señalado a cada nivel de educación; independientemente de su intensidad horaria

(...)

"Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados - actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes - empleados públicos -, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos....".

Así queda claro que la labor prestada por el docente vinculado mediante contrato de prestación de servicios encubre una relación laboral en virtud de la subordinación implícita en la actividad que desarrolla y en tal sentido debe dársele un trato igualitario frente a quienes ejercen la misma labor bajo una relación de carácter legal y reglamentario, salvo aquellos casos en que las circunstancias justifiquen razonablemente el trato diferenciado.<sup>10</sup> (Negrillas del Despacho)

Al respecto ha dicho con claridad el Tribunal Administrativo de Boyacá que frente al servicio que prestan los docentes, **quien demuestre que ha sido vinculado para desarrollar tal actividad, está relevado de probar los elementos de subordinación y dependencia pues la naturaleza misma del servicio se lo imponen.**<sup>10</sup>. (Negrilla fuera de texto).

<sup>8</sup> Expediente No. 6193, C.P. Clara Forero de Castro.

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección "A". Sentencia de catorce (14) de agosto de dos mil ocho (2008), Acción de Nullidad y Restablecimiento del Derecho. No. interno 0157-08. M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren.

<sup>10</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 1. Actor: Flor Edilma Pineda Molina. Demandado: Municipio de Motavita. Expediente: 15001 3133 011 2001 02345 01. MP. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

## 11. CASO CONCRETO

Expuesto lo anterior, el Despacho entrará a determinar si en el *sub examine* se encuentra demostrado que no existe diferencia alguna entre la actividad desplegada por la demandante en su condición de docente vinculada mediante contrato de prestación de servicios y la actividad efectuada por los demás docentes-empleados públicos del Departamento de Boyacá y en esta medida establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de aportes dejados de cancelar al Sistema de Seguridad Social en pensiones causados durante el tiempo en que desempeñó como docente al servicio de la entidad Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá en virtud del contrato realidad.

Así las cosas, la señora ELIA CARDOZO RIVEROS alega haber prestado sus servicios profesionales y personales para el desarrollo de funciones que correspondían al giro ordinario de la administración, es decir, para desempeñar funciones de carácter permanente propias del ente departamental en los diferentes municipios, relacionadas con la formación integral de la comunidad escolar dentro de un horario determinado, situación que inicialmente implica necesariamente un trato subordinado y dependiente de la Administración.

Así mismo, del material probatorio recaudado, se encuentra acreditado el tiempo de servicios docente en virtud de 11 órdenes de prestación de servicios suscritas entre la demandante y la entidad demandada así:

Número orden de Prestación de servicios.	Plazo
Número de orden 72 (fl. 19 a 21) Certificación de historial laboral (fl. 155).	Del 12 de Septiembre de 1997 al 30 de Noviembre de 1997.
Número de orden 01 (fl. 22 a 24) Certificación de historial laboral (fl. 157).	Del 30 de Marzo de 1998 al 15 de Junio de 1998.
Número de orden 26 (fl. 25 a 27) Certificación de historial laboral (fl. 159).	Del 13 de Julio de 1998 al 30 de Noviembre de 1998
Número de orden 12 (fl. 28 a 30) Certificación de historial laboral (fl. 161).	Del 27 de Enero de 1999 al 11 de Junio de 1999.
Número de orden 64 (fl. 31 a 33) Certificación de historial laboral (fl. 163)	Del 12 de Julio de 1999 al 26 de Noviembre de 1999.
Número de orden 002 (fl. 34 a 36) Certificación de historial laboral (fl. 165).	Del 31 de Enero de 2000 al 9 de Junio de 2000.
Número de orden 45 (fl. 37 a 39) Certificación de historial laboral (fl. 167).	Del 10 de Julio de 2000 al 01 de Diciembre de 2000
Número de orden 75 (fl. 40 a 42) Certificación de historial laboral (fl. 169)	Del 02 de Marzo de 2001 al 15 de Junio de 2001.
Número de orden 1000 (fl. 43 a 45) Certificación de historial laboral (fl. 171)	Del 9 de Julio de 2001 al 05 de Diciembre de 2001.
Número de orden 019 (fl. 46 a 48) Certificación de historial laboral (fl. 173)	Del 11 de Febrero de 2002 al 30 de Noviembre de 2002
Número de orden 029 (fl. 49 y 50) Certificación de historial laboral (fl. 175)	Del 03 de Febrero de 2003 al 30 de Noviembre de 2003

Las anteriores órdenes de prestación de servicios, fueron allegadas por la parte demandante, por la entidad demandada y se encuentran certificadas con la expedición de la historia laboral de la demandante, tal y como se relacionó en la tabla anterior.

Así mismo, se observa de los vínculos contractuales suscritos, que la Señora ELIA CARDOZO RIVEROS, prestó sus servicios profesionales como docente al servicio del Departamento de Boyacá y con destino en su mayoría al Colegio de Toquilla del Municipio de Aquitania, a la Escuela Normal Superior del Municipio de Socha y al Instituto Agrícola del Municipio de Toca, recibiendo como contraprestación del servicio, el valor pactado por concepto de honorarios en cada contrato, tales pagos se encuentran debidamente certificados por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá (fls. 208 a 211).

De igual manera la docente contratista, estuvo sujeta a subordinación, toda vez que debía cumplir horario y su desempeño se desarrolló en igualdad de condiciones a los demás profesores de planta de la entidad demandada, por tanto no resulta admisible una labor docente ajena al servicio personal, puesto que le correspondía el cumplimiento de los horarios y programas previstos para el sector educativo, o a la dependencia frente a las directivas de la institución educativa.

En este orden, cuando un particular presta servicios al Estado bajo el marco de la *subordinación* se configuran los elementos propios de una relación laboral y por ende, dicha situación conlleva al reconocimiento de los derechos prestacionales de cualquier trabajador al servicio del Estado, de manera que si el Departamento de Boyacá, omitió girar los aportes pensionales al Fondo al que la demandante estuviere afiliada, es forzoso concluir que vulneró su derecho a la igualdad.

La llamada vinculación contractual de la demandante en condición de docente temporal debe asimilarse a la actividad desplegada por los docentes - empleados públicos al servicio de la entidad demandada, teniendo en cuenta que ella laboraba en los mismos establecimientos educativos y desarrollaba la misma actividad material, cumplía órdenes, horario y sus servicios eran prestados de forma permanente, personal y subordinada.

En suma, es imperioso concluir que la labor desarrollada por la demandante no se ajustó al régimen aplicable al contrato de prestación de servicios sino a una relación laboral, dadas las condiciones de prestación personal del servicio, subordinación y contraprestación por los servicios prestados, de forma que el desconocimiento de las consecuencias prestacionales vulneró su derecho fundamental a la igualdad, configurándose así la relación laboral.

Así pues, la excepción denominada "*falta de sustento legal*" propuesta por el apoderado de la entidad demandada, no está llamada a prosperar, por el contrario se accederá a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 1.2.1.38-2013PQR42043 del 27 de Noviembre de 2013, suscrito por el Señor Mauricio Giraldo García Director de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, mediante el cual se negó la relación laboral existente entre la demandante y la entidad territorial, durante el tiempo en que se desempeñó como docente contratada bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada deberá reconocer, liquidar y pagar los porcentajes de cotización que correspondan causados durante los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir en los plazos pactados en las 11 órdenes de prestación de servicios que se desarrollaron en el periodo comprendido entre el **12 de Septiembre de 1997 al 30 de Noviembre de 2003**, pagos que debieron ser asumidos totalmente por la docente-contratista, no obstante tal hecho no fue demostrado por la demandante pues no obran el expediente constancias o planillas de pago por tales conceptos, por tanto incumbe realizar los aportes a que

haya lugar, con destino al fondo de prestaciones sociales del Magisterio en el porcentaje que por ley corresponda a la época en que debieron realizarse y durante todo el tiempo efectivamente laborado, el cual se computará para efectos pensionales.

## 12. DE LA PRESCRIPCIÓN

Como se manifestó en apartes anteriores, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 26 de Febrero de 2016 y en virtud del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante en contra de la decisión que declaró probada de oficio la prescripción extintiva y dio por terminado el proceso de la referencia, indicó que *"no solo se torna imprescriptible las acciones judiciales en procura de obtener el reconocimiento del derecho pensional como tal, sino además, son imprescriptibles las acciones judiciales que de cualquier forma puedan afectar los elementos centrales del derecho: la edad, el capital, el tiempo de servicio, los aportes, etc.. A juicio de la Sala, la imprescriptibilidad de tales asuntos emerge de la estrecha relación indisoluble y necesaria con el derecho mismo."*

Por otra parte la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>11</sup>, prohija la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, respecto de una reparación integral de los daños causados por la Administración al momento de celebrar el contrato realidad, indicando que es apenas lógico que la condena ordene producir plenos efectos, esto es, que el tiempo laborado sea útil para efectos de reconocimiento de la pensión de jubilación como se ordenó en sentencia de 17 de abril de 2008<sup>12</sup> en la que se dijo:

*"Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio, y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación..." (Negrilla y subrayado por el Tribunal).*

En ese orden de ideas, y al quedar establecido que se trató de una verdadera relación laboral, resulta procedente declarar que el tiempo laborado por la demandante durante la vigencia de las órdenes de prestación de servicios, sea útil para efectos pensionales, toda vez que no se realizaron aportes por el periodo de tiempo durante el cual la demandante prestó efectivamente sus servicios al Departamento de Boyacá, el cual corresponde a los plazos pactados en los contratos suscritos entre la demandante y la entidad demandada.

## 13. APORTES A PENSIÓN

En cuanto al monto que debe pagar el ente territorial demandado por concepto de aportes a pensión de la demandante y como lo ha establecido el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>13</sup>, será el determinado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, sumas que deberán ser actualizadas de conformidad con el I.P.C. y que corresponderán a cada uno de los meses en que la docente prestó efectivamente sus servicios al Departamento de Boyacá en cumplimiento de las órdenes de prestación de servicios suscritas, debiéndose trasladar dichas sumas a la administradora de pensiones en la que se encuentre o haya estado afiliado el demandante, o en su defecto a la que ella determine.

<sup>11</sup> Sentencia de 19 de febrero de 2009, Exp. No 730012331000200003449-01 (3074-2005), Actora: Ana Reinalda Triana Viuchi

<sup>12</sup> Radicación No 54001-233100020000002001 (2776-05).

<sup>13</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá, Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, providencia de fecha 24 de marzo de 2015, demandante Luz Alba Suarez González y demandado el Municipio de Chiquinquirá, Rad. 1500133330092013007301.

## 12. INDEXACION

Los valores reconocidos se ajustarán de conformidad con el artículo 187 del CPACA, desde el momento en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la diferencia resultante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta Sentencia, entre el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada aporte a **seguridad social en pensión**, comenzando desde Septiembre de 1997 y sucesivamente hasta noviembre de 2003, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

## 13. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

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, suerte que siguen también las agencias en derecho, por cuanto se reconocen parcialmente las pretensiones de una parte porque si bien es cierto se declara la nulidad del acto enjuiciado y se ordena el restablecimiento del derecho respecto de los aportes pensionales, también lo es que prosperó la *excepción de prescripción extintiva* respecto del reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, por cuanto que no fueron reclamadas por la demandante dentro de los 3 años siguientes a la fecha del último vínculo contractual.

## 14. DECISION

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 infundadas las excepciones propuestas por la parte demandada, denominadas: *falta de sustento legal y prescripción extintiva*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.- Declarar la nulidad** del acto administrativo contenido en el Oficio No. 1.2.1.38-2013PQR42043 del 27 de Noviembre de 2013, suscrito por el Señor Mauricio Giraldo García, Director de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, mediante el cual se negó la relación laboral existente entre la demandante ELIA CARDOZO RIVEROS y el ente territorial, durante el tiempo en que se desempeñó como docente contratada bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios, periodo durante el cual se reconoce la existencia de un relación laboral.

**Tercero.- Declarar** la existencia de relación laboral entre el Departamento de Boyacá y la Señora ELIA CARDOZO RIVEROS durante los lapsos de ejecución de 11 órdenes de prestación de servicios suscritos por la demandante y el ente demandado en el periodo comprendido entre el **12 de Septiembre de 1997 al 30 de Noviembre de 2003**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**Cuarto.- Condenar** al Departamento de Boyacá a pagar a título de restablecimiento del derecho en favor de la señora ELIA CARDOZO RIVEROS identificada con cédula de ciudadanía No. 23.944.640 de Aquitania, a reconocer, liquidar y pagar las cotizaciones con destino al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, causadas durante los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, del **12 de Septiembre de 1997 al 30 de Noviembre de 2003**, para lo cual deberá girar los respectivos aportes al Fondo de Pensiones correspondiente.

**Quinto.- Declarar** que el tiempo laborado por la Señora Elia Cardozo Riveros, bajo la modalidad de órdenes de trabajo, computa para efectos pensionales.

**Sexto.- Las sumas** resultantes a favor de la demandante, se ajustarán en su valor con base en el IPC certificado por el DANE, en aplicación de la fórmula indicada en la parte considerativa de la presente providencia.

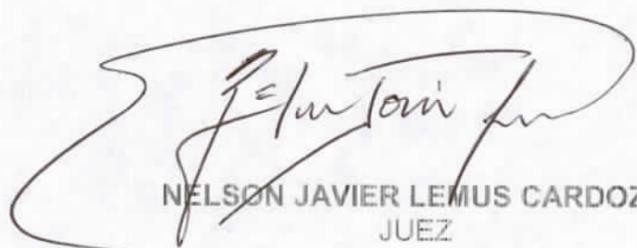
**Séptimo: Negar** las demás pretensiones de la demanda

**Octavo.-** La entidad demandada deberá cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

**Noveno.-** Abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

**Décimo.-** En firme esta providencia, archivar el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si a ello hubiere lugar.

Consejo Superior  
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO  
JUEZ

KETC