



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

Sogamoso, Marzo ocho (08) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 15759-33-33-002-2016-00084-00
Demandante: María Eblin Ortiz Borbón
Demandado: Departamento de Boyacá - Secretaria de Educación

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho resolver de fondo la demanda de la referencia mediante sentencia de primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora MARIA EBLIN ORTIZ BORBON por intermedio de apoderado, solicita que se declare la nulidad de los oficios abajo relacionados expedidos por la Oficina Jurídica de la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá:

- Oficio 1.2.11.38-2015PQR21861 del 18 de noviembre de 2015, por medio del cual se niega a la demandante la solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones por el periodo reclamado.
- Oficio 1.2.38.2016PQR57766 del 29 de diciembre de 2015, que indica que contra el oficio 1.2.11.38-2015PQR21861 del 18 de noviembre de 2015 no procede recurso alguno argumentando que se trataba de un auto de tramite
- Oficio 1.2.11.38-2016PQR1329 del 04 de febrero de 2016 que reitera que no es factible resolver el recurso de reposición que interpuso la demandante en contra del oficio 11.2.11.38-2015PQR21861 del 18 de noviembre de 2015.

Solicita que se declare que la demandante tiene derecho que el Departamento de Boyacá-Secretaria de Educación, pague los aportes al sistema de seguridad social en pensiones durante el periodo comprendido entre 22 de marzo de 1979 y el 30 de noviembre de 1983, tiempo durante el cual se desempeñó como docente en el Colegio Departamental Mixto Lisandro Cely de Mongua.

A titulo de restablecimiento del derecho solicita condenar Departamento de Boyacá-Secretaria de Educación a pagar a favor de la demandante los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el tiempo reclamado, sumas de dinero que deben ser consignadas en la Administradora de Pensiones Colpensiones previo calculo actuarial realizado por dicha entidad de previsión.

Adicionalmente solicita se condene a la entidad demandada que de cumplimiento a la sentencia en la forma establecida en los articulo 192 y 195 del CPACA y se condene en costas.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Señala la demanda que la señora MARIA EBLIN ORTIZ BORBON, nació el 06 de mayo de 1957, por lo que el día 6 de mayo de 2012 cumplió 55 años de edad, es bachiller pedagógica, por lo que en virtud de su perfil profesional se ha desempeñado como docente de diferentes instituciones educativas del sector oficial.

Aduce que la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá nombró a la demandante como docente en *interinidad* en el Colegio Departamental Mixto Lisandro Cely de Mongua por los siguientes lapsos de tiempo:

- Del 22 de marzo de 1979 y hasta el 30 de noviembre de 1979.
- Del 07 de febrero de 1980 y hasta el 22 de mayo de 1980,
- Desde el 17 de febrero de 1982 y hasta el 30 de noviembre de 1982.
- Entre el 07 de febrero de 1983 y el 30 de noviembre de 1983.

Durante estos periodos de tiempo, a la demandante se le pagaron algunos derechos laborales como el *salario, prima de grado, alimentación, prima de navidad y horas extras*, no obstante durante este tiempo (2 años 7 meses y 14 días), no se le afilió y por ende, no se le efectuaron los aportes con destino a cubrir los riesgos de vejez y muerte de aquella época, administrados por alguna entidad de previsión.

Al cumplir 55 años de edad la demandante solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión mensual de vejez, la cual fue negada mediante la Resolución No GNR 54515 del 25 de febrero de 2015 aduciendo que había cotizado tan solo 1172 semanas, que corresponde al periodo comprendido entre el 9 de agosto de 1985 y febrero de 2016.

Señala la demandante que el 27 de agosto de 2014, solicitó a la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá que dispusiera lo necesario con el fin de efectuar las cotizaciones en pensión entre el 22 de marzo de 1979 y el 30 de noviembre de 1983, contestada desfavorablemente mediante oficio 2015PQR21861 del 18 de noviembre de 2015 aduciendo que la vinculación en *interinidad* u horas cátedra, tenía como finalidad suplir un encargo temporal, sin que ello constituyera como un relación legal y reglamentaria, contra esta decisión la demandante interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante fundamenta el concepto de violación en que el artículo 10 de la Constitución Política señala que Colombia es un estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas, considera la demandante que en el presente caso, la entidad territorial demandada vulnera el respeto a la dignidad humana, toda vez que si bien es cierto vinculó a la demandante en "*interinidad*" mientras estaba en incapacidad medica la Hermana Ana Virginia Páez Parra, por presentar quebrantos de salud y quien era docente del Colegio Departamental Mixto "Lisandro Cely" de Mongua.

Agrega que durante la prestación de sus servicios, la demandante desarrollo las funciones propias del sector oficial docente, no obstante se le desconocieron parte de sus derechos prestacionales, como lo era la afiliación a una entidad de previsión, con el fin de que se cubrieran los riesgos de invalidez, vejez y muerte, situación que se traduce en una vulneración al derecho a la igualdad, respecto de los demás servidores públicos con que contaba la misma institución educativa.

En su concepto, el actuar de la entidad demandada ha quebrantado el contenido del artículo 13 de la Constitución Política referente al derecho a la igualdad, ya que existió trato discriminatorio en la forma de la vinculación de los docentes, pues mientras que un docente vinculado mediante actos administrativos, se les respeta la totalidad de sus derechos laborales, a otros vinculados mediante actos irregulares tales como la interinidad o mediante órdenes y contratos de prestación de servicios se les desconoce las prestaciones y beneficios de carácter legal, cierto es que el derecho a la igualdad admite diversidad de reglas cuando se parte de hipótesis diversas, pero esta distinción debe ser clara y fundada en razones que justifiquen el trato diferente lo cual no se presenta en este caso concreto.

Adicionalmente considera que se afectó el derecho al trabajo contenido en el artículo 25 de la carta política, ya que si bien la demandante tuvo derecho al trabajo, no se le respetaron los derechos mínimos reconocidos para todos aquellos docentes que en igualdad de condiciones prestaron el mismo que la actora, igualmente señala la demanda que el se vulnero el articulo 53 ídem ya que a la demandante se le desconocieron ciertos derechos mínimos de los educadores por el hecho de haber sido vinculada sin las formalidades legales.

Por todo lo anterior la parte demandante considera que con la actitud asumida por la entidad demandada Departamento de Boyacá, Secretaria de Educación, al proferir los actos administrativos demandados, atenta contra los derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social, trabajo, estabilidad laboral y al mínimo vital de la actora.

Normativamente se considera que la entidad demandada violaron lo dispuesto en la Ley 6 de 1945, Decreto 1600 de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, ley 344 de 1996 y Decreto 2712 de 1999, Ley 72 de 1931, Decreto 1054 de 1938, Decreto 2939 de 1944, Ley 4 de 1966, Decreto 2922 de 1966, Decreto 3135 de 1968 Decreto 3148 de 1968, Decreto 1045 de 1978, Ley 70 de 1988 y la Ley 100 de 1993, al negar el reconocimiento, liquidación y pago de los aportes a la seguridad social para salud y pensión.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento de Boyacá - Secretaria de Educación mediante apoderado judicial contestó la demanda (fl.132 a 136) oponiéndose a las pretensiones de la demanda, indicando que no existe acto administrativo demandable ya que se están enunciando actos de mera comunicación que se encuentran ajustados a derecho y con los cuales se dio respuesta de fondo a las peticiones de la demandante, por otra parte señala que la demanda se debió dirigir al Fondo Territorial de Pensiones de Boyacá.

Respecto del sustento factico de la demanda, indica que son hechos parcialmente ciertos y que se atendería a lo que se probara dentro del presente proceso.

Frente al concepto de violación y normas presuntamente vulneradas indicó que los artículos 13, 25, 29, 48, y 53 de la Constitución Política fueron atendidos por la entidad demandada al resolver cada uno de los requerimientos formulados por la demandante, resalta que en el presente asunto nunca se puso en peligro el derecho al trabajo ni fue desmejorada la protección a la estabilidad laboral de la accionante por el contrario siempre le fue garantizada.

Agrega que los actos administrativos expedidos se presumen legales y fueron expedidos con observancia de los fundamentos legales vigentes, acota que la entidad demandada en materia laboral siempre estará presta a proteger y

reconocer cada una de las prestaciones a que haya lugar y que se tenga derecho en cada caso en particular

Finalmente propuso las excepciones denominadas

“Prescripción” fundamentada en el término prescriptivo de tres (3) años establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, según el cual en dicho termino la demandante debía exigir su derecho.

“Inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento” bajo el argumento de que la demandante no puede invocar como fundamento legal de sus pretensiones la Ley 91 de 1989.

“Cobro de lo no debido” argumentada en la tesis que no existe base jurídica para acceder al petitum de la demanda respecto del pago de aportes a seguridad social en salud y pensión y la *“genérica”*

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial el 14 de junio de 2016 (fl.118), así verificado el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 162 del C.P.A.C.A admitió la demanda (fl.120).

El día 20 de septiembre de 2016 la entidad demandad contestó la demanda y propuso excepciones de mérito (fl.131-136) a que se corrió traslado (fl.171)

Por auto del 30 de enero de 2017 (fl.174) se fija el día 30 de marzo de 2017 para llevar a cabo audiencia inicial, la que de oficio se declaró la excepción previa de *inepta demanda por proposición jurídica incompleta* y terminación del proceso, decisión contra la cual se interpuso el recurso de apelación (fl.178) resuelto por auto del 15 de junio de 2017 por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá (fl.188-192) revoca la decisión adoptada, por lo que por auto del 31 de julio de 2017 se dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por el superior y se fija fecha para continuar la audiencia inicial (fl.196).

El día 27 de septiembre de 2017 (fl.199 a 201) se continuó con la audiencia inicial en la que se agotaron las etapas señaladas en el artículo 180 del C.P.A.C.A. decretando las pruebas aportadas por las partes, de manera oficiosa se requirió a FOMAG la historia laboral de la demandante.

En noviembre 15 de 2017 se realiza la audiencia de pruebas (fl.335-336) y se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corre traslado para alegatos finales.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante, en sus alegatos finales (fl.338 a 341) solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda aduciendo que está probado que la demandante estuvo vinculada de manera ininterrumpida como docente nacionalizada en secundaria en el Colegio Departamental Mixto “Lisandro Cely” de Mongua, adscrito a la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, ente el 22 de marzo de 1979 y hasta el 30 de noviembre de 1979 y el 20 de noviembre de 1983.

Resalta que la prueba documental está demuestra que la demandante durante el tiempo de prestación de servicios, labora bajo continuada subordinación y le fue pagado por parte de la Secretaría de Educación de Boyacá el salario mensual y algunos derechos prestacionales, sin embargo no se hicieron aportes a pensión ante ninguna entidad de previsión, por lo que actualmente la demandante no le ha

sido posible acceder a su auxilio pensional ya que no cuenta con el mínimo de semanas requeridas para el efecto.

Señala que según la Ley 115 de 1994 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado radicación No 23001-23-33-000-2013-00260-01 del 25 de agosto de 2016 se tiene que la labor docente no es independiente, sino que su ejercicio está sujeto a las directrices, inspección y vigilancia de las autoridades educativas, exalta que los aportes con destino al sistema general de pensiones son una de las tantas obligaciones que el legislador le asignó a los empleadores durante la existencia de un vínculo laboral. Alega que en el presente asunto, la omisión de pago de aportes recae en la entidad demandada por lo que según el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 es el empleador quien debe responder por la totalidad del aporte, aún en el evento en que no se hubiere efectuado el descuento al trabajador

Finalmente señala que en virtud de la referida sentencia de unificación, así como por decisiones del Tribunal Administrativo de Boyacá en litigios relacionados con aportes pensionales, no se puede aplicar ningún termino prescriptivos.

La entidad demandada no presenta alegaciones finales y el Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si entre la señora maría Eblin Ortiz Borbón y el Departamento de Boyacá-Secretaria de Educación, se configuró una relación legal y reglamentaria en virtud del nombramiento en *interinidad* otorgado a la demandante durante el periodo comprendido entre el 22 de marzo 1979 a 30 de noviembre de 1983 y en caso establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensión durante ese periodo.

Para resolver este problema jurídico es menester abordar el estudio desde el tópico de la primacía de la realidad sobre las formas con principal énfasis en el ejercicio de la labor docentes, para luego analizar si la vinculación en *interinidad* configura una relación legal y reglamentaria.

9. PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS

El artículo 53 de la Constitución Política establece el *principio de primacía de la realidad sobre las formas* como garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. En ese sentido, la Corte Constitucional¹ ha precisado que se puede hablar de la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica, de este modo nacen derechos y obligaciones entre las partes, que se ubican en el ámbito de la regulación laboral.

Diferentes entidades del estado ha optado por implementar figuras contractuales de vinculación de personal para desarrollar labores propias de su contenido misional buscado en ello no soportar el costo de la carga prestacional que conllevaría una relación laboral legal y reglamentaria, en el caso bajo estudio la demandante fue vinculada mediante un nombramiento en *interinidad* para desarrollar las labores docentes que venia ejecutando una empleada perteneciente a la planta de personal de la Secretaria de Educación de Boyacá, entidad que dentro del acto acusado señala que este tipo de vinculación no genera una relación laboral.

¹Corte Constitucional Sentencia T-287 del 14 de abril de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado² ha sido constante en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así mismo, el Alto Tribunal señaló³ que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena vigencia en aquellos eventos en que se ha generado una precaria relación laboral, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

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

10. NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD

Teniendo en cuenta que se pretende la declaratoria de una relación laboral derivada de sucesivos nombramientos en interinidad al servicio de una entidad pública, que sostiene que este tipo de vinculaciones fueron creadas con el fin de suplir un encargo de carácter temporal que no implica la existencia de una relación laboral y reglamentaria.

El Consejo de Estado⁴ define la interinidad asemejándola directamente con el nombramiento en *provisionalidad*, situación que en materia docente conlleva directamente al reconocimiento prestacional, al efecto señalo:

Según el Diccionario de la Lengua Española, la expresión “interinidad”, significa: cualidad de interino o interina. “interino” “na” que sirve por algún tiempo supliendo la falta de otra persona⁵. Vale decir, que se trata de un nombramiento provisional como acertadamente lo advirtió el A-quo (...).

*Adicionalmente, la jurisprudencia, ha sido del criterio que pertenece a la esencia de la labor docente el hecho de que el servicio se preste personalmente y esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación a la entidad territorial correspondiente para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pensum académico y al calendario escolar, en consecuencia, ha reconocido la existencia de una relación laboral en aquellos casos en los cuales los docentes han sido vinculados por medio de contrato u órdenes de prestación de servicios, **razón por la cual el tiempo servido a la docencia, independientemente de la forma de vinculación, interrumpido o no,***

² Sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00034-01(1586-14), Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

³ Ibídem.

⁴ Consejo de Estado, sentencia del 19 de octubre de 2017 Rad. No. 25000-23-42-000-2013-01049-01 (1382-17), CP. Cesar Palomino Cortes.

⁵ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición 2001. Página 1291.

con nombramiento en propiedad o no; tiene efectos prestacionales.⁶ (negrilla del Despacho)

Sobre este mismo particular, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 13 de febrero de 2014. Rad. 2022-2013. M.P. Alfonso Vargas Rincón, en un asunto donde igualmente se debatía el reconocimiento del tiempo laborado en interinidad, sostuvo que:

“[...] En este punto, vale la pena aclarar que no le asiste razón a la entidad demanda al señalar que los tiempos que la demandante pretende hacer valer, en los que laboró por los periodos arriba mencionados como docente interina para cubrir licencias de otros docentes, no pueden ser tenidos en cuenta como quiera que no se generó relación laboral alguna y ningún tipo de vinculación, [lo anterior toda vez que] como lo ha señalado la jurisprudencia⁷ en ningún caso, los parámetros de [nombramiento] son imputables al docente quien, sin importar la forma como ha de ser vinculado, cumple funciones similares en el campo educativo y, en consecuencia, está obligado a acreditar iguales condiciones de formación y experiencia. Ello, por supuesto, descarta que la ley y las propias instituciones, dentro de la autonomía de que gozan para darse sus propios estatutos, puedan establecer regímenes restrictivos que desconozcan el derecho de los docentes [interinos] ocasionales y hora cátedra, a percibir las prestaciones sociales reconocidas por el orden jurídico para todos los trabajadores públicos o privados, las cuales deben otorgarse en proporción al tiempo laborado. [...]”.

Sobre la configuración de una relación laboral y reglamentaria cuando un docente se encuentra vinculado mediante nombramiento en interinidad el Consejo de Estado, Sección Segunda en reciente providencia⁸ señaló:

Al respecto, la Sala estima necesario precisar que si bien en el ordenamiento jurídico colombiano no se define expresamente la naturaleza de la interinidad, como una forma de proveer cargos docentes, esta Corporación⁹ ha sostenido que dicha figura debe entenderse como el mecanismo mediante el cual la administración, ante la imposibilidad de contar con docentes de carrera, designa con carácter transitorio a personas instruidas en el ejercicio de la referida actividad, en atención a la necesidad y urgencia de garantizar la efectiva prestación de los servicios educativos.

Lo anterior, constituye una forma de vinculación a la administración, en cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, esto es, a través de la toma de posesión de un cargo docente dando lugar, en consecuencia, a la configuración de una relación legal y reglamentaria con carácter autónomo,... (Negrilla del Despacho)

Así las cosas, la Sala estima que ante la ausencia temporal del titular de un empleo docente, esto, verbi gratia con ocasión de cualquiera de las situaciones administrativas previstas en la ley, entre ellas, la licencia, comisión o vacaciones¹⁰, la administración cuenta con la posibilidad de proveer dicho empleo en forma transitoria, a través de un nombramiento interino con el fin, como quedó dicho en precedencia, de evitar cualquier tipo de traumatismo en la prestación normal del servicio educativo oficial.

⁶ Consejo de Estado. Expediente 199611550 (4250 -2005), sentencia del 2 de febrero de 2006 M.P. Alberto Arango Mejía.

sentencia C-555 de 1994 la Corte Constitucional, declaró inexecutable el parágrafo primero del artículo 6 de la ley 60 de 1993, que permitía la vinculación de docentes por contrato. Corte Constitucional sentencia del 6 de diciembre de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ Sentencia C-517 de 22 de julio de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸ Consejo de Estado. Expediente 76001-23-33-000-2013-00406-01 (4259-15) C.P. Cesar Palomino Cortes

⁹ Al respecto puede verse la sentencia de 17 de agosto de 2011. Rad. 1446-2006. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁰ Debe verse el artículo 23 del Decreto 1950 de 1973.

Se desprende de estas argumentaciones jurisprudenciales, que el nombramiento en interinidad se asimila a un nombramiento en provisionalidad, para que conlleve la configuración de una relación laboral legal y reglamentaria temporal mientras perdura, cuya consecuencia inevitable es el reconocimiento prestacional, similar a la que tiene un docente nombrado en esa misma calidad.

11.PRESUNCIÓN DE SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA EN LA LABOR DOCENTE

El Consejo de Estado en diversas decisiones ha estudiado el tema de la configuración del contrato realidad y la supremacía de la realidad sobre las formas en el ejercicio de la labor docente, al punto que consolidó una línea jurisprudencial que se encuentra plasmada en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016¹¹, en la cual al efecto señala:

"(...)

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes - empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones. (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre los formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado... "

Si bien es cierto el criterio unificador se refiere a los docente vinculados por contratos de prestación, el mismo es perfectamente aplicable al caso en concreto, donde la entidad estatal bajo la figura del nombramiento en interinidad pretende negar el reconocimiento de derechos laborales a la demandante, en este orden, se tiene que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios o interinidad como en el presente caso, no desvirtúa la labor docente por éstos desarrollada, y dicha labor, por sus características mismas, lleva ínsita la subordinación y dependencia; por ello quien demuestre que ha sido vinculado para desarrollar actividad docente, tiene a su favor una presunción de subordinación y dependencia.

12.DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Está acreditado que la señora María Eblin Ortiz Borbón el 12 de mayo de 2014 (fl.239-241) presentó derecho de petición ante la Gobernación de Boyacá en el que solicita el reconocimiento y pago de aportes a salud y pensión, incluidos aquellos en mora, para el periodo de nombramiento efectuado entre el 22 de marzo de 1979 y el 30 de noviembre de 1983 cuando se desempeñó como docente interina en el Colegio Departamental Lisandro Cely de Mongua, adscrito a la Secretaría de Educación de Boyacá, radicado interno con el consecutivo 2014PQR18774 (fl.232-233), la cual fue resuelta de forma negativa mediante el oficio 1.21.38.-2014PQR18774 de fecha 01 de julio de 2014 (fl.229 a 231).

¹¹ Consejo de Estado, Radicación No. 230012333000-2013-00260-01, CP DR. Carmelo Perdomo Cuéter.

La demandante presenta nueva petición reiterando su solicitud de reconocimiento y pago de aportes en salud y pensión para el periodo antes referido radicado No 2014PQR35573 del 27 de agosto de 2014. (fl 52-54 y 216-219).

Por tercera vez la demandante presenta petición radicado No 2015PQR21861 del 20 de mayo de 2015 en el que solicita de reconocimiento y pago de aportes a pensión (fl.212-214), el cual fue resuelto de forma negativa por oficio 1.2.11.38-2015PQR21861 del 29 de mayo de 2015 (fl. 209-210)

Ahora bien, obra en el expediente copia del acto enjuiciado este proceso, corresponde al oficio 1.2.11.38-2015-PQR21861 del 18 de noviembre de 2015 (fl.55-56) mediante el cual se informa a la demandante que no es posible acceder a su petición de pago de los aportes a salud y pensión, ni al pago de indemnización alguna por concepto de perjuicios, reiterando la respuesta dada por la entidad demandada en oficio 1.2.1.38-2014PQR18774 del 01 de julio de 2014 (fl.229 a 231).

El Rector y la Secretaria del Colegio Departamental Mixto Lisandro Cely de Mongua, emitió sendas certificaciones en donde señala que la demandante María Eblin Ortiz Borbón trabajó como profesora interina en ese plantel, en remplazo de la titular Hermana Ana Virginia Parra Páez, a quien se le otorgó licencia de enfermedad, durante los siguientes periodos:

- Entre 14 de febrero y el 21 de mayo de 1980 (fl.32 y 253).
- 20 días contados a partir del 01 de marzo de 1982. (fl.34).
- La demandante laboró como profesora en el área de religión (fl.35 y 254).
- Desde el 17 de febrero al 3 de noviembre de 1982 (fl. 36 y 251).
- Desde el 17 de febrero al 30 de noviembre de 1982 (fl.37).
- Entre el 01 de octubre y el 30 de noviembre de 1983 (fl.43).
- Certificación del 28 de mayo de 1984 en los siguientes lapsos de tiempo (fl.45 y 242)
 - Entre el 22 de marzo y el 30 de noviembre de 1979
 - Entre el 7 de febrero y el 22 de mayo de 1980
 - Entre el 17 de febrero y el 30 de noviembre de 1982
 - Entre el 7 de febrero y el 30 de noviembre de 1983

Obra en el expediente prueba documental expedida por la Secretaria de Educación de Boyacá, donde se establecen tiempos laborados, órdenes emitidas directamente a la demandante y constancias de los salarios y prestaciones pagadas, veamos:

- Oficio No 466 del 23 de marzo de 1979 por medio del cual se comunicó a la demandante su designación como profesora interina en el Colegio Lisandro Cely de Mongua, en remplazo de la titular Hermana Ana Virginia Parra Páez por licencia de enfermedad por 30 días, a partir del 1 de marzo de 1979. (fl.244).
- Oficio No II-249 del 16 de febrero de 1982 nuevamente se comunicó a la demandante su designación como profesora interina en el Colegio Lisandro Cely de Mongua, en remplazo de la titular Hermana Ana Virginia Parra Páez a quien se le había concedido licencia de enfermedad por 35 días a partir del 25 de enero de 1982. (fl.33 y 245).
- Oficio No IV-515 del 15 de abril 1982 por medio del cual se comunico a la demandante que había sido designada como profesora interina en el Colegio Lisandro Cely de Mongua, en remplazo de la titular Hermana Ana Virginia Parra Páez a quien se le prorrogó licencia de enfermedad por 31 días a partir del 1 de marzo de 1982. (fl.246).
- Oficio No VI-696 del 2 de junio de 1982 por medio del cual se comunico a la demandante que podía continuar laborando como profesora interina en el Colegio Lisandro Cely de Mongua, y por el tiempo que dure la licencia de enfermedad de la Hermana Ana Virginia Parra Páez a partir del 1 de abril de 1982. (fl.247).

- Orden de trabajo expedida por la Secretaria de Educación Pública, Fondo Educativo Regional de Boyacá, que autoriza a la demandante para que desempeñe el cargo de profesora en el Colegio Departamental Lisandro Cely, en remplazo de la Hna. Ana Virginia Parra entre el 1 de febrero y el 30 de marzo de 1983 (fl.38)
- Oficio No 109 del 9 de mayo de 1983, por medio del cual la Secretaria de Educación de Boyacá autoriza a la demandante para que se continúe desempeñando como profesora interina en remplazo de la hermana Ana Virginia Parra Páez, con novedad fiscal desde el 1 de abril de 1983 y por término indefinido. (fl. 40 y 249)
- Oficio 1.2.5.3.38-40855-13 del 24 de octubre de 2013 por medio del cual la Secretaria de Educación de Boyacá da contestación a la demandante de un derecho de petición e igualmente señala que laboro en la Institución Educativa Lisandro Cely de Mongua (fl.46) para los siguientes lapsos de tiempo:
 - Del 22/03 de 1979 al 30/11/1979.
 - Del 07/02/1980 al 22/05/1990.
 - Del 17/02/1982 al 30/11/1982.
 - Del 07/02/1983 al 30/11/1983.
- Certificado de tiempo de servicios con el consecutivo No 3100, correspondiente a la señora Maria Eblin Ortiz Borbón identificada con la cedula de ciudadanía No 46.352.519, donde detallan las vinculaciones en interinidad y los tiempo correspondientes entre el año 1979 y 1983. (fl.48 a 50), los cuales coinciden con los señalados en la demanda, y con los certificados por la Institución Educativa en donde laboro la demandante.
- Certificado de salarios y devengados expedido por la Secretaria de educación de Boyacá No 2858 correspondiente a la demandante y donde se describen las salarios y prestaciones devengadas, tales como asignación básica, cátedra externa, prima de grado, prima de alimentación, prima de navidad, horas extras, todos ellos devengados entre el año 1979 y 1983 (fl.51-243).

La información relevante del tiempo laborado por la demandante en la institución educativa Lisandro Cely de Mongua con ocasión del nombramiento por *interinidad* se relaciona en la siguiente tabla, certificada por la Directora Administrativa de la Secretaria de Educación de Boyacá según oficio 1.2.5.3.38-40855-13 del 24 de octubre de 2013 (fl.46) así:

Fecha de inicio	Fecha de finalización	Tipo de nombramiento
22 de marzo de 1979	30 de noviembre de 1979	Docente en Interinidad (8 meses y 8 días)
7 de febrero de 1980	22 de mayo de 1980	Interinidad (3 meses y 15 días)
17 de febrero de 1982	30 de noviembre de 1982	Interinidad (10 meses y 13 días)
7 de febrero de 1983	30 de noviembre de 1983	Interinidad (10 mese y 23 días)

13. CASO CONCRETO

En el presente asunto se debe establecer si la demanda se encuentra ante una relación laboral derivada de su vinculación por nombramiento en interinidad por el Departamento de Boyacá para prestar sus servicios como docente en la Institución Educativa Lisandro Cely de Mongua adscrita a la Secretaria de Educación del ente territorial durante los periodos antes señalados, situacion que se produce para suplir la ausencia de la titular del cargo Hna. Ana Virginia Parra Páez.

En este orden, está acreditada la **prestación personal** del servicio en calidad de docente conforme a las certificaciones emitidas por el Rector y la Secretaria de la Institución Educativa Lisandro Cely de Mongua, así como de las comunicaciones, ordenes de trabajo y autorizaciones emitidas a la demandante por parte de la Secretaria de Educación de Boyacá, referidas en el capítulo que antecede de ésta providencia y se corrobora Certificado de tiempo de servicios consecutivo No 3100 (fl.48 a 50), para los periodos comprendidos entre los siguientes lapsos de tiempo:

- Del 22/03 de 1979 al 30/11/1979
- Del 07/02/1980 al 22/05/1990.
- Del 17/02/1982 al 30/11/1982.
- Del 07/02/1983 al 30/11/1983.

Ahora bien, la **remuneración** constituye la retribución justa en dinero o en especies de la labor ejecutada, así en este caso, no se controvierte que a la demandante durante tales periodos, le fueron pagado efectos económicos de carácter salarial y algunos prestacionales, como son la *asignación básica, cátedra externa, prima de grado, prima de alimentación, prima de navidad, horas extras*, como demuestra el certificado de salarios y devengados expedido por la Secretaria de Educación de Boyacá No 2858 del 23 de octubre de 2013 (fl.51-243)

De esta forma se estructura la remuneración como elementos necesarios para demostrar la existencia de la relación legal y reglamentaria a la luz de la normatividad y jurisprudencia citada.

De contera, en consideración a que la demandante María Eblin Ortiz Borbón estuvo vinculada al servicio de la Institución Educativa Lisandro Cely de Mongua adscrita a la Secretaria de Educación de Boyacá, se demuestra que su función primordial consistió en el ejercicio docente en calidad de Profesora de la época, labor que está ampliamente protegida por la jurisprudencia en cuanto al elemento de la presunción de subordinación, actividad que no se desarrolla de forma independiente, sino que al contrario conlleva una prestación personal y subordinada al cumplimiento de órdenes, reglamentos, planes y principios integrales del servicio público de la educación, sometiéndose al control supervisión y vigilancia de las diferentes autoridades educativas quienes por función legal deben vigilar el cumplimiento de cabalidad de las directrices académicas y curriculares que se implementan por las autoridades educativas del orden nacional departamental y local, aspectos que de forma directa, cercenan la autonomía de toda persona que se dedique a la labor docente incluida la demandante.

Se establece además que la demandante fue nombrada en **interinidad** con el objeto de suplir la ausencia de la titular cargo, modalidad que el ordenamiento jurídico no ha definido expresamente como una situación administrativa, ni corresponde a una forma para proveer cargos docentes, sin embargo se itera que el Consejo de Estado, sostiene que dicha figura debe entenderse como el mecanismo mediante el cual la administración, ante la imposibilidad de contar con docentes de carrera, designa con carácter transitorio a personas instruidas en el ejercicio de la referida profesión, en atención a la necesidad y urgencia de garantizar la efectiva prestación de los servicios educativos.

Por ello el nombramiento en interinidad de la demandante constituye una forma de vinculación a la administración, que previa toma de posesión, inevitablemente configura una relación legal y reglamentaria con carácter autónomo, de suerte que no se puede desconocer que las funciones ejercidas y la actividad desarrollada correspondían a las mismas que desarrollaba la docente titular del cargo, en consecuencia sus condiciones laborales deben ser idénticas.

Una interpretación en contrario, como la que propone la Secretaría de Educación de Boyacá, avala un trato abiertamente discriminatorio y en consecuencia violatorio del principio a la igualdad, frente a quienes, como la demandante, prestaron sus servicios como docente en virtud a un nombramiento en interinidad, sin tener en cuenta que estos, en desarrollo de dicha actividad, cumplen idénticas funciones a los designados en propiedad.

En suma se accederá a las pretensiones de la demanda, en el sentido de reconocer la existencia de una relación legal y reglamentaria entre las partes de la Litis durante los tiempos reclamados por la demandante y además se declara la nulidad de los actos enjuiciados y como consecuencia de ello, computar dichos periodos de tiempo para efectos pensionales, lo cual conlleva al pago de los aportes con destino a la entidad de previsión a la que se encuentra afiliada, que en este caso corresponde a Colpensiones como señala la demanda.

En consideración a que la entidad demandada omitió su deber de trasladar la totalidad de los aportes al sistema de seguridad en pensión, que comprende tanto el aporte patronal como la porción que debió descontar a la demandante de su ingreso base de cotización, por tratarse de un derecho imprescriptible en favor de trabajador, entonces se condenará al pago del 100% del aporte pensional tasado con base en el cálculo actuarial que realiza Colpensiones.

Se advierte además que la entidad no podrá realizar ningún descuento al monto liquidado como aporte al sistema pensional, puesto que conforme a la prescripción extintiva, desde la causación del derecho, ya transcurrieron más de cinco (5) años para que pudiese repetir contra el trabajador o descontarle su cuota parte.

14. PRESCRIPCIÓN PARA APORTES PENSIONALES

Teniendo en cuenta que se accede a las pretensiones de la demanda y por ende se reconoce un derecho y se impone una condena, es menester analizar la excepción de “*prescripción*,” propuesta por la entidad demandada, así el Consejo de Estado recientemente en sentencia de unificación determinó¹², al estudiar el tema del contrato realidad, como una forma de vinculación con el Estado que desnaturaliza las disposiciones expedidas por el legislador y que llevan al reconocimiento de una verdadera relación laboral, legal y reglamentaria, sienta criterios unificadores, que para este caso se aplica la segunda regla que indica que el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para **pensión**, como en este caso se reclaman por la demandante, razón suficiente para declarar no fundada la excepción de *prescripción*.

Conforme a las pretensiones de la demanda, se solicita que se declare la nulidad de los siguientes oficios expedidos por la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación de Boyacá en consideración a que a la demandante le fue negada su petición de reconocimiento y pago de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión durante el por el periodo reclamado mediante el Oficio 1.2.11.38-2015PQR21861 del 18 de noviembre de 2015 (*fl.55-56*) aspiración que se extiende a las respuestas dadas al recurso interpuesto frente a este y plasmadas en el Oficio 1.2.38.2016PQR57766 del 29 de diciembre de 2015 (*fl.65*) que indica que contra el oficio 1.2.11.38-2015PQR21861 del 18 de noviembre de 2015 no procede recurso alguno y en el Oficio 1.2.11.38-2016PQR1329 del 04 de febrero de 2016 (*fl.66-67*) que atiende la insistencia para que se resuelva el recurso, reiterando que no es factible resolver el recurso de reposición que interpuso la demandante en contra del oficio 11.2.11.38-2015PQR21861 del 18 de noviembre de 2015.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de Agosto de 2016. Expediente (0088-15) CE-SUJ2-005-16 M.P. Carmelo Perdomo Cuéter

Hecha esta precisión, se advierte que los actos demandados, no hizo distinción alguna para negar la solicitud de la demandante para que se realizaran las además de los aportes a sistema de seguridad social en pensión, lo mismo se hiciera con los aportes a salud, caso en el cual opera el fenómeno *prescriptivo*, puesto que desde la época que se reclaman tales aportes (1979-1983) hasta la fecha de reclamación administrativa transcurren en creces, más de tres (3) años.

La consecuencia de reconocer la correnca del fenómeno *prescriptivo* respecto de la solicitud para que se realicen los aportes a seguridad social en **salud** por la demandada, influye exclusivamente sobre la declaratoria parcial de nulidad de los actos enjuiciados, en las cuales no se hizo distinción alguna sobre este aspecto, puesto que las pretensiones se limitan a solicitar la condena respecto de los aportes al sistema **pensional** a título de restablecimiento del derecho, el cual se ordena bajo los parámetros señalados adelante.

15. APORTES AL SISTEMA PENSIONAL – CALCULO ACTUARIAL

Teniendo en cuenta que en la demanda se solicita que los aportes a pensión dejados de cancelar, sean consignados a Colpensiones previo cálculo actuarial realizado por dicha entidad de previsión, definido por el Consejo de Estado¹³ en providencia del 28 de agosto de 2014 así:

El cálculo actuarial es una estimación que se hace del valor de los aportes pensionales del trabajador, que el empleador omitió efectuar. Ese cálculo o estimación debe ser incorporado a la historia laboral del trabajador, información que luego se ve reflejada en el bono pensional y, finalmente, incide en la liquidación de la pensión... Entonces, es posible afirmar que del cálculo actuarial depende que, por ejemplo, un trabajador pueda acceder o no a la pensión de vejez. Justamente, allí radica su importancia.

16. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Parámetros

Por todo lo anterior, al liquidar el valor de la condena y determinado del cálculo actuarial que elabore el fondo de previsión, en conclusión se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

- a) El periodo para el cual la demandante tiene derecho a reconocimiento y pago de aportes **pensionales** es el correspondiente a los periodos comprendidos entre el 22 de marzo a 30 de noviembre de 1979; 7 de febrero a 20 de mayo de 1980; 17 de febrero a 30 de noviembre de 1982 y del 7 de febrero a 30 de noviembre de 1983; con excepción de los interregnos en los que no hubo vinculación.
- b) El ingreso base de cotización al sistema pensional, corresponde al valor de la asignación mensual para cada uno de los periodos laborados mediante el nombramiento en interinidad señalados en el literal a).
- c) La entidad demandada deberá trasladar a Colpensiones la totalidad de la cotización tanto patronal como la que debió descontar a la demandante y no lo hizo, por concepto de aportes a pensión dejados de efectuar cuyo valor que será determinado por el cálculo actuarial que para el efecto realice Colpensiones a solicitud de la demandada.
- d) En razón a que se ordena el cálculo actuarial donde se actualizaran a tiempo actual los valores que resulten por los aportes a pensión no trasladados al fondo de previsión por la entidad demanda, no es del caso que se ordene indexación alguna ya que la condena no versa sobre una cantidad líquida determinada.

¹³ Sección Cuarta del Consejo de Estado, providencia del 28 de agosto de 2014, Radicación número: 11001-33-35-007-2013-00627-01(AC), Consejero Ponente Hugo Fernando Bastidas Barcenás

17. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

En el escrito de contestación de la demanda se plantean como excepciones de mérito *la inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento, cobro de lo no debido*, al respecto se resalta que estando plenamente demostrada la existencia de una relación legal y reglamentaria derivada de los nombramientos en interinidad durante los periodos reclamados y en esta providencia reconocidos, accediendo por ello, a las pretensiones de la demanda, es claro que no se hayan probado el fundamento jurídico, ni el sustento fáctico.

18. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial el Despacho no impondrá condena en costas conforme al numeral 5 del Art. 365 CGP, suerte que siguen también las agencias en derecho, por cuanto se accede parcialmente las pretensiones de la demanda, en sentido que se declara la nulidad parcial de los actos enjuiciados limitado únicamente en lo que refiere a la negativa de efectuar aportes al sistema de seguridad social en pensión y no de forma integral como se pide en la demanda sin hacer distinción que además se niegan los aportes a salud, decisión que se mantiene incólume porque se advierte la *prescripción* del derecho.

19. DECISIÓN

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

F A L L A:

Primero.- Declarar NO fundadas las excepciones denominadas *inexistencia de fundamentos legales para el reconocimiento y cobro de lo no debido* por las razones expuestas en esta sentencia.

Segundo.- Declarar la nulidad parcial de los actos administrativos contenidos en los oficios que a continuación se relacionan, expedidos por la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación de Boyacá, nulidad que recae únicamente en la negativa a reconocer y pagar aportes al sistema de seguridad social en **pensiones**.

- Oficio 1.2.11.38-2015PQR21861 del 18 de noviembre de 2015
- Oficio 1.2.38.2016PQR57766 del 29 de diciembre de 2015
- Oficio 1.2.11.38-2016PQR1329 del 04 de febrero de 2016

Tercero.- Declarar que el tiempo laborado por la señora MARIA EBLIN ORTIZ BORBON, bajo la modalidad de nombramientos en interinidad, comprendido entre el 22 de marzo a 30 de noviembre de 1979; 7 de febrero a 20 de mayo de 1980; 17 de febrero a 30 de noviembre de 1982 y del 7 de febrero a 30 de noviembre de 1983, **computa** para efectos pensionales.

Cuarto.- Condenar al Departamento de Boyacá-Secretaría de Educación a pagar al Fondo de Pensiones - Colpensiones el 100% de los aportes **pensionales** en favor de la señora MARIA EBLIN ORTIZ BORBON identificada con cédula de ciudadanía No. 46.352.519, liquidados bajo los **parámetros** señalados en la parte motiva de esta providencia, aplicables únicamente los periodos señalados en el numeral que antecede y conforme al cálculo actuarial que realice la entidad de previsión pensional señalada, a solicitud de la entidad condenada.

Quinto.- Negar las pretensiones de nulidad de los actos enjuiciados en relación con la negativa a reconocer y pagar aportes al sistema de seguridad social en salud, los cuales se mantienen incólumes.

Sexto.- No condenar en costas en esta instancia.

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

Octavo.- En firme esta providencia, archivar el expediente, previa devolución de excedentes, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ