



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

Sogamoso, junio cuatro (04) de dos mil veinte (2020)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 157593333002-2019-0006800
Demandante: Luis Humberto López Amézquita
Demandado: Municipio de Nobsa

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ proferir sentencia en primera instancia para decidir de fondo la demanda que ha dado 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, el señor Luis Humberto López Amézquita por intermedio de apoderado, solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio S.G.T.H. No. 233 de 1 de abril de 2019, mediante el cual la Secretaria de Gobierno y Talento Humano del municipio de Nobsa, le negó el reconocimiento de una relación laboral.

Pretende se condene a la demandada a realizar los aportes pensionales por los periodos comprendidos entre el 1º de enero al 31 de julio de 1998; del 1º de marzo de 1999 al 31 de diciembre de 1999; del 1º de enero al 31 de enero del 2000, del 1º de febrero al 31 de diciembre de 2001 y del 1º de enero al 31 de diciembre de 2002 y que esos periodos sean válidos para efectos pensionales ante Colpensiones, liquidados bajo la fórmula de cálculo actuarial en sumas liquidadas de dinero.

Se ordene a la entidad demandada que tramite ante Colpensiones el cálculo actuarial de los aportes pensionales, fungiendo el municipio como empleador y el demandante como empleado, en los periodos referidos.

Pretende, además, que la demandada cumpla la sentencia conforme al artículo 184, 192 y siguientes del CPACA y se condene al municipio de Nobsa al pago de las costas y agencias en derecho en los términos del artículo 188 *ídem*

Como condena supletoria en caso que de no pagar los aportes pensionales a nombre del demandante a Colpensiones, se condene al municipio de Nobsa a pagar la cuota parte de la pensión de jubilación del mismo, desde la fecha que cumpla los requisitos y si dicha circunstancia se produce.

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

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (fl.10-32) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan en que el señor Luis Humberto López Amézquita, relata que estuvo vinculado con el Municipio de Nobsa durante los siguientes periodos: entre el 1º de enero al 31 de julio de 1998; del 1º de marzo de 1999 al 31 de diciembre de 1999; del 1º de enero al 31 de enero del 2000, del 1o de febrero al 31 de diciembre de 2001 y del 1º de enero al 31 de diciembre de 2002

Señala que fue vinculado mediante los siguientes actos:

- Decreto No. 086 de 30 de Julio de 1998, por el término de 4 meses, a partir del 1º de Agosto, como supernumerario en el cargo de Celador Código 5320 grado 06.
- Desde el 1 de septiembre de 1999 fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Celador Código 615.
- Resolución No. 001 de enero 3 de 2000 en el término con retroactividad al 1 de enero de 2000, nombrado en provisionalidad.
- Resolución No. 214 de 31 agosto de 2001 que prorrogó el anterior nombramiento durante el año 2002.

Refiere que durante tales periodos, el demandante no fue afiliado a ninguna entidad de previsión social, por lo que no se hicieron aportes al sistema de seguridad social en pensión, salud, ni riesgos profesionales.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violaron las siguientes disposiciones (fl.4): Constitución Política Artículos. 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 41, 48, 53 y 93; de orden legal: Ley 100 de 1993 y jurisprudencial: Sentencia T-920 de 2010

Advierte en su concepto de violación que el demandante se desempeñó como celador durante los periodos ya señalados, cumpliendo funciones de cualquiera de los trabajadores del sector oficial, tales como cumplimiento de horarios y otros de acuerdo con la exigencias del reglamento y directrices de Municipio y directivos docentes, sin embargo se abstuvieron de realizar aportes a la seguridad social.

Señala que las funciones desempeñadas por el demandante, fueron de carácter permanente, su designación se hizo por acto administrativo, los servicios fueron prestados personalmente, bajo las órdenes del señor Alcalde del Municipio de Nobsa, cumpliendo horario y recibiendo pagos mensuales, como contraprestación configurándose una relación laboral, razón por la que le correspondía al ente territorial realizar los aportes a la seguridad social para efectos pensionales.

Indica que el empleador omitió realizar las cotizaciones correspondientes, por lo que se debe dar aplicación a lo previsto en los art. 2,31.1, 32 y 33 del Decreto 433 de 1971 y art. 68, 70 y 71 Decreto 3063 de 1989, en concordancia con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 478 de 1995 art. 57, modificado por el Decreto 3798 de 2003, art. 17, debiendo solicitar el cálculo actuarial a Colpensiones por el periodo de litis o asumir la cuota parte pensional correspondiente.

Manifiesta que la demandada desconoció la Constitución Política, el derecho a la igualdad como trabajador, debido proceso, condiciones dignas, derivado de la falta de afiliación a la seguridad social como derecho irrenunciable.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En auto de fecha 26 de agosto de 2019, se dio por no contestada la demanda al escrito allegado (fl.44) por extemporáneo.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto a éste Despacho Judicial (fl.33), una vez se verificó el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 162 del CPACA se admitió mediante proveído del 29 de abril de 2018 (fl.35).

Por auto del 26 de agosto de 2019 (fl.44), se tuvo por no contestada la demanda por parte del municipio de Nobsa y se fijó fecha para audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el 20 de Noviembre de 2019 (fl.46-47), diligencia dentro de la cual se agotaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA.

Se realiza audiencia de pruebas el 24 de enero de 2020 (fls.262-263), en la que se incorporan documentos, se declara cerrado el periodo probatorio, se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rinda concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante**, a través de su apoderado, no presenta alegatos de conclusión, sin embargo dentro de la oportunidad para tal fin, el 6 de febrero de 2020 allega memorial (fl.272-275) mediante el cual informa que el Municipio de Nobsa a través del Comité de Defensa Judicial y Conciliación, aprobó proponer conciliación frente a las pretensiones de la demanda según Acta No. 1 del 5 de marzo de 2020, existiendo consenso entre las partes, por lo que solicita se le dé aprobación, allegando la respectiva acta.

La **parte demandada** no presentó alegatos de conclusión y la **Agente Delegada del Ministerio Público** no rindió concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el señor LUIS HUMBERTO LOPEZ AMEZQUITA, tiene derecho a que el Municipio de Nobsa, realice el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensión durante los periodos comprendidos: entre el 1º de enero al 31 de julio de 1998; del 1º de marzo de 1999 al 31 de diciembre de 1999; del 1º al 31 de enero de enero del 2000, del 1o de febrero al 31 de diciembre de 2001 y del 1º de enero al 31 de diciembre de 2002, durante los cuales prestó sus servicios y en su caso, establecer si hay lugar a que se liquide y pague el monto del cálculo actuarial ante Colpensiones.

En segundo lugar, de manera subsidiaria, el Despacho debe determinar si como consecuencia de las actividades desempeñadas por del demandante, bajo la modalidad de nombramiento como supernumerario y/o en provisionalidad durante los periodos anotados en precedencia, tiene derecho a que el municipio de Nobsa pague la cuota parte de la pensión a favor del demandante.

De contera y de forma sobreviniente, se debe definir si imparte aprobación al acuerdo conciliatorio plasmado en el Acta de Conciliación, suscrito por las partes de este litigio, con el fin de precaver su terminación anticipada.

9. MARCO NORMATIVO

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

El artículo 53 de la Constitución Política establece el *principio de primacía de la realidad sobre las formas* como garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. En ese sentido, la Corte Constitucional² ha precisado que se puede hablar de la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica, de este modo nacen derechos y obligaciones entre las partes, que se ubican en el ámbito de la regulación laboral.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado³ 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 señaló⁴ que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena vigencia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

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

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación sucinta y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación o dependencia respecto del empleador, que es el que fundamentalmente desentraña la existencia de una relación laboral

² Corte Constitucional, Sentencia T-287 del 14 de abril de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ Consejo de Estado, Sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación No. 81001-23-33-000-2013-00034-01(1586-14), CP. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁴ *Ibidem*.

encubierta, lo que obliga al estudio del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio. Al respecto, el H. Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de segunda instancia de fecha 26 de octubre de 2017⁵, señaló:

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

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

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

Se destaca que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

*“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”*⁶

De antaño, la Corte Constitucional en Sentencia C-555 de 06 de diciembre de 1994⁷ refirió a la imposibilidad de equiparar contrato realidad con una relación laboral legal y reglamentaria, señalando:

*“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, **el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión**, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal. El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a*

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, MP. Clara Elisa Cifuentes Ortíz, Exp. 15239 3333 752 2015 00258 01

⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 25 de enero de 2001, Exp. No. 1654-2000, CP Nicolás Pájaro Peñaranda

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-555 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

particulares como al Estado mismo. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público". (Negrita del Despacho)

El Consejo de Estado en decisión del 18 de noviembre de 2003⁸, manifestó:

"6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores "relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales."

Formas de vinculación con el Estado - Jurisprudencia sobre el funcionario de hecho como forma anormal de vinculación a la administración pública

De acuerdo con el Artículo 125 constitucional, se prevén tres formas de vinculación con el Estado, a saber: a) por medio de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos b) mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales y c) a través de una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios

Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son en principio, la existencia del empleo en la planta de

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena., Providencia del 18 de Noviembre de 2018, Radicación IJ-0039 C.P.Nicolás Pájaro Peñaranda

personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (artículo 122 de la C.P.).

No obstante lo anterior, la jurisprudencia administrativa ha establecido que puede existir una relación laboral con el Estado de carácter excepcional y anormal que se ha denominado “funcionario de hecho”, que se define como una forma de vinculación a través de la cual una persona ocupa un cargo de la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, pero su investidura es irregular. Sobre el particular, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia de junio 9 de 2011⁹, señaló:

“En consecuencia los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son, que exista de jure el cargo, que la función ejercida irregularmente, se haga en la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

(...)

En conclusión, para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercidas irregularmente, pero, también puede darse cuando en empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente.”

En jurisprudencia reciente¹⁰ el alto tribunal de lo Contencioso Administrativo indica que para que se establezca la existencia de un funcionario de hecho, no solo se requiere que el cargo esté creado en la planta de personal de la entidad y legalmente previstas sus funciones en el reglamento de ella, sino que también exige que cuando una persona ejerce funciones públicas, con anuencia de las autoridades encargadas de controlar, permitir o impedir este tipo de situación, ello en aras de garantizar los derechos laborales de quienes se encuentran en situaciones de esa naturaleza, haciendo prevalecer el principio de la realidad sobre las formas.

Régimen jurídico de los supernumerarios

El artículo 125 de la Constitución Política establece que, por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuándose los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.

La vinculación de personal supernumerario encaja dentro de los **nombramientos temporales**, con las restricciones que imponen las Leyes de carrera administrativa, que en principio se encuentra prevista en el artículo 83 del Decreto extraordinario 1042 de 1978, así:

“Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

⁹ Consejo de Estado, CP. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Rad.: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08).

¹⁰ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de 27 enero de 2016, Exp. 1605001233100020110129701 (22722015), CP. William Hernández Gómez.

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

La vinculación se hará mediante resolución administrativa en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestaran los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse”.

La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de la norma en sentencia C-401 de 1998, con excepción de la temporalidad de tres meses y el no reconocimiento de prestaciones sociales, al considerar que vulneraba el derecho fundamental de igualdad, sin embargo la referida norma mantuvo su aplicabilidad hasta la entrada de la Ley 909 de 2004, que la deroga de forma tácita como expresa la sentencia C-422 de 2012 proferida por el mismo tribunal.

De la norma transcrita se concluye que la administración, antes de la vigencia de la ley de carrera general administrativa (909 de 2004), podía acudir a esta forma de vinculación para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos, en caso de licencias o vacaciones o también para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio, cuya remuneración se fijaba teniendo en cuenta las escalas establecidas en la misma norma.

Por su parte, el artículo 22 del Decreto 1072 del 26 de junio de 1999 señaló en relación con el personal supernumerario que se vinculaba, con el fin de suplir las necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias, y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos, cuando estos se realizaran bajo la modalidad de curso - concurso.

En lo que respecta a la remuneración de este tipo de empleos, se precisó que, tenían derecho a percibir la asignación mensual que se fijará de acuerdo a lo establecido en la nomenclatura y escala salarial vigente para la Entidad y las prestaciones sociales que se causaran por el tiempo de vinculación a la administración, sin dejar de lado que el nominador podía prescindir de sus servicios en el momento en que lo considerara necesario.

De lo anterior se colige que, la figura del supernumerario es de carácter excepcional y a ella puede acudir la administración pública, con el fin de vincular personal en forma temporal y para cumplir labores de naturaleza transitoria, tales como: suplir la vacancia, en caso de licencia o vacaciones de los funcionarios titulares o para cubrir actividades no permanentes, empero la consecuencia es que quien es nombrado, adquiere la categoría de servidor público de carácter temporal, por lo cual es menester cumplir con las formalidades legales para su ejercicio, como lo es la existencia de un acto administrativo de nombramiento, la asignación previa de funciones y que quien sea nombrado no presente inhabilidades.

10. CASO CONCRETO

Establecidas las premisas legales y jurisprudenciales anteriores, propician el escenario adecuado para analizar el presente caso, en primer lugar se encuentra documentada la vinculación del demandante Luis Humberto López Amézquita con el Municipio de Nobsa, a través de órdenes de servicio como supernumerario en algunos casos y en otros, mediante acto de nombramiento en provisionalidad en el cargo de Celador, como da cuenta la documental arrojada, por lo cual a partir de la

certificación expedida por el Secretario de Gobierno y Talento Humano del municipio de Nobsa (fl.61-62) el Despacho elabora una tabla por cada anualidad, en la que se registran los tiempos y la forma de vinculación del demandante, limitada a los periodos pretendidos de reconocimiento y pago de los aportes patronales a pensión.

Pretensiones respecto del año 1998

En primer lugar, se pide reconocer el pago de aportes pensionales aplicables al periodo comprendido entre el 1º de enero al 31 de julio de **1998**, se acredita que el demandante estuvo vinculado bajo la forma de órdenes de servicio, financiadas con cargo al rubro creado mediante Acuerdo Municipal, como personal supernumerario, según informa los actos administrativos de autorización de pago de los meses de enero, febrero y mayo de 1998, con el siguiente objeto:

Orden de servicio	Folio	Rubro afectado Supernumerario	Tiempo se servicio
Orden No. 003 de 1998	(fl.77-79 y 86)	(fl.88)	Enero y febrero de 1998
Orden No. 155 de 1998	(fl.61)		Abril de 1998
Orden No. 226 de 1998	(fl.87)	(fl.89)	Mayo de 1998
Orden No. 353 de 1998	(fl.84 y 85)		Julio de 1998

Frente a las referidas ordenes de servicio, se considera que si bien es cierto no tiene la forma de un acto administrativo, puesto que contiene la firma de aceptación del demandante, lo cual haría pensar que se trata de un acuerdo de voluntades, sin embargo es claro que tampoco no cumple con las formalidades que exige la ley 80 de 1993, para que logre la categoría de un contrato estatal, por lo menos no se acredita, razón por la cual en aplicación de los principios de *favorabilidad* y *pro operatio*, el Despacho considera que aunque no se acredita por parte de la administración demandada, el cumplimiento de las formalidades y procedimientos para la creación de cargos supernumerarios, ni se trate de un acto de nombramiento propiamente dicho, ni tampoco se conoce el acta de posesión, lo cierto es está probado que el demandante prestó el servicio durante tales periodos, según la certificación expedida por el Secretario de Gobierno y Talento de Nobsa (fl.61-62, 214, 215)

Se colige entonces que al demandante le asiste el derecho al aporte pensional sobre los periodos de enero, febrero, abril, mayo y julio de 1998, por cuanto se desempeñó en el cargo de Celador Supernumerario, es decir que ejerció un empleo público de duración temporal, como otrora admitía la legislación nacional, como una forma de vinculación con el Estado tal como fue expuesto en el capítulo de esta providencia, del ámbito normativo aplicable.

Contrario sensu, no se reconocerá el derecho pretendido frente a los meses de marzo y junio de 1998, dado que no se acreditó ningún vínculo del demandante con la entidad accionada.

Valga resaltar que en este proceso no se discute que el demandante fue nombrado en provisionalidad mediante Decreto 086 del 30 de julio de 1998 (fl.24-26 y 90-92), y que según informa la historia laboral remitida por Colpensiones (fl.55 reverso) se realizaron los aportes a pensión, durante el periodo de agosto a diciembre de 1998, incluso con reconocimiento y pago de recargo nocturno para ese periodo (fl. 101).

Pretensiones del año 1999

Continuando con la historia laboral del demandante (*fl.55 reverso*), se observan aportes a pensión por el mes de enero de 1999, sin embargo en la petición y en la demanda, no se solicita el reconocimiento de aportes del mes de febrero de 1999, sino que se limita al periodo del 1º de marzo de 1999 al 31 de diciembre de **1999**.

Para soportar los fundamentos fácticos de sus pretensiones, obran los siguientes documentos que dan cuenta de la vinculación de demandante con el municipio de Nobsa, a través de la forma de órdenes de servicio:

Orden de servicio	Folio	Tiempo se servicio
Orden No. 150 de 1999	(<i>fl.110</i>)	Febrero y marzo de 1999
Orden No. 200 de 1999	(<i>fl.156</i>)	Abril de 1999
Orden No. 225 de 1999	(<i>fls 158</i>)	Mayo de 1999
Orden No. 278 de 1999	(<i>fl.160</i>)	Junio de 1999
Orden No. 313 de 1999	(<i>fl.161</i>)	Julio de 1999
Res. 1422 de 1999 autoriza el pago de la orden de servicio No. 369	(<i>fl.164</i>)	Agosto de 1999
Orden No. 454 de 1999	(<i>fl.165</i>)	Septiembre de 1999
Orden No. 529 de 1999	(<i>fl.167</i>)	Octubre de 1999
Resolución 2172 de 1999 que autoriza el pago de la Resolución No.074	(<i>fl.169</i>)	Noviembre de 1999
Orden No. 646 de 1999	(<i>fl.171</i>)	Diciembre de 1999

En contraste, obra copia del contrato individual de trabajo a término indefinido No. 01 suscrito el 13 de enero de 1999, con fecha de iniciación del 1 de enero de 1999, suscrito por el demandante con el Alcalde municipal de Nobsa para cumplir funciones en el cargo de Celador (*fl.103-104*) caso en el cual, la historia laboral refleja aportes por el mes de enero de 1999 (*fl.55 reverso*).

Sin perjuicio de los efectos jurídicos que pudiere producir el referido contrato laboral, se observa en esa misma anualidad, el del Alcalde municipal de Nobsa emite nuevamente órdenes de servicio para que el demandante cumpla como “Celador”, como indica la copia de la minuta, las cuales fueron aceptadas por el demandante para los meses de febrero a julio de 1999; respecto de los meses de agosto y noviembre, se prueba esa actividad con la copia de la resolución que autoriza el pago del servicio.

Obran además certificaciones expedidas por el Rector de la institución educativa que indica que el demandante se desempeñó como celador supernumerario durante los meses de febrero (*fl.147*), abril (*fl.157*), mayo (*fl.159*), junio (*fl.162*) y julio (*fl.163*), septiembre (*fl.166*), octubre (*fl.168*), noviembre (*fl.170*) y diciembre de 1999 (*fl.172*), mientras que esa calidad de supernumerario en el mes de agosto de 1999 es señalada en la resolución que autoriza el pago del servicio (*fl.164*)

Es de aclarar que desde septiembre y hasta noviembre de 1999, las ordenes de servicio fueron aceptadas por demandante, cuyo fin es que cumpla como Celador, esta vez bajo la naturaleza expresa de Supernumerario, periodo en el cual además se encuentra probado que mediante Resolución No. 074 del 3 de septiembre de 1999 expedida por el Alcalde municipal de Nobsa (*fl.27-28 y 226-227*), que entre otras disposiciones, realiza el nombramiento del demandante en provisionalidad para desempeñar el cargo de Celador Código 615, con efectos fiscales desde 1 de septiembre de 1999 y por el término de 89 días.

De contera, en diciembre de 1999, el demandante no acredita con su firma, su aceptación de la orden, sin embargo obra prueba que el servicio fue efectivamente prestado bajo la calidad de supernumerario, como indica la certificación expedida por el Rector del Colegio Técnico de Nazareth de Nobsa (fl. 172).

Siguiendo la misma valoración probatoria señalada en el título que precede, se tiene certeza que el demandante se desempeñó como Celador Supernumerario, ejerciendo de facto, un empleo público de duración temporal y por lo tanto le asiste el derecho a que se realice el aporte pensional aplicable al periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1999 al 31 de diciembre de **1999**

Pretensiones del año 2000

En tercer lugar, se encuentra probado que mediante Resolución No. 001 de enero 3 de 2000 (fl.29-30) proferida por el Alcalde Municipal de Nobsa, el demandante fue nombrado en provisionalidad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2000, para desempeñar el cargo de CELADOR Código 615, caso en el cual pretende que se realicen los aportes a pensión por el periodo de **enero de 2000**.

Al respecto se encuentra acreditado que el demandante fue incluido en la nómina de la Alcaldía Municipal de Nobsa para el periodo de enero de 2000 (fl.65) y se le hicieron los descuentos con destino a la seguridad social, sin embargo obran planillas de liquidación de aportes a seguridad social que recaen sobre el periodo marzo a noviembre de 2000 (fl.138-144), no así respecto del periodo reclamado, lo que se puede explicar por cuanto su afiliación al sistema se produjo en febrero de 2000, como evidencia el formulario de vinculación (fl.222-223)

El resumen de historia laboral (fl.55 reverso) no refleja que se hubiere hecho el aporte al sistema durante el mes de enero de 2000, empero por tratarse de un derecho irrenunciable e imprescriptible del trabajador, en consecuencia debe accederse a la pretensión del demandante encaminada en este sentido, puesto que está probada su relación legal y reglamentaria con la entidad demandada derivada del acto de nombramiento con efectos desde el 1 de enero de 2000.

Pretensiones del año 2001

Se pide en la demanda que se ordene el pago de aportes a pensión por el periodo comprendido entre el 1o de febrero al 31 de diciembre de **2001** y conforme a la historia laboral emitida por Colpensiones (fl.55 reverso), está demostrado que no registran los aportes a pensión durante ese periodo, sino únicamente por el mes de enero de 2001, mensualidad que no es objeto de esta litis.

Al efecto está probado que el demandante mantuvo vigente su vinculación con el municipio de Nobsa hasta el 15 de junio de 2001, como consecuencia de su nombramiento en provisionalidad realizado con la Resolución No. 001 del 3 de enero 2000 (fl.29-30) en la medida que ese acto no señaló fecha de finalización. Este nombramiento, naturaleza y tiempo de servicio, fue reconocido en la Resolución 069 de 7 de Julio de 2003 (fls-255-256), pese a que se niegue el pago de prestaciones sociales al demandante bajo el argumento que no cuenta con los recursos para tal fin, más no porque considere que no le asista el derecho reclamado.

Valga resaltar que no se probó ninguna relación legal y reglamentaria del demandante, ni contractual, ni en calidad de supernumerario, con el municipio de Nobsa, durante el periodo comprendido entre el 16 al 30 de junio de 2001, razón por lo cual no se impone el pago de aportes a pensión durante este corto periodo.

También está demostrado que mediante Resolución No. 214 de 31 de Agosto de 2001 (fl.197-198) el demandante nuevamente fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el cargo de Portero-Celadora partir del 3 de septiembre de y hasta el 31 de diciembre de 2001, se itera que durante este periodo no se realizaron aportes a seguridad social en pensión, corroborado además por la planilla de liquidación de aportes al ISS (fl.176) que pese a que incluye al demandante, los mismos no se realizan, empero el derecho de aportes le asiste al demandante, por cuanto sin discusión, estuvo vinculado mediante una relación legal y reglamentaria.

En el intermedio de estos dos nombramientos en provisionalidad antes mencionados, el demandante suscribió con el Municipio de Nobsa las órdenes de prestación de servicios No. 422 del 29 de junio de 2001 (fl.184 y 229) y No. 512 de agosto 1 de 2001 (fl.186 y 228), en los cuales de manera expresa estipula que no configura relación laboral, cuya ejecución en julio y agosto de 2001 se encuentra certificada por el Rector de la institución educativa de Nazareth Nobsa (fl.185 y 193).

El empleo público en provisionalidad efectuado mediante la Resolución No. 01 de 2000, se interrumpió desde el 16 de junio de 2001 y luego con la ejecución d los referidos dos contratos durante julio y agosto de 2000; empero mediante la resolución No. 214 del 31 de Agosto de 2001 fue restablecida la relación legal y reglamentaria, por lo que se encuentra probado que el demandante desempeñó el cargo de Celador durante el año 2001 de manera discontinua, sin que a la postre hubiere probado los elementos de una relación laboral bajo la tesis del contrato realidad, específicamente no probó el elemento de *subordinación*, el cual no se puede presumir, intuir, deducir como tampoco inducir de otros medios, sino que se queda en la mera afirmación del demandante.

La carga procesal y demostrativa de aportar al plenario de la prueba idonea de la *subordinación*, se impone a la parte demandante, por cuanto la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene aplicación en un contrato de prestación de servicios de carácter estatal, caso en el cual, la ventaja probatoria a que alude la demanda, el legislador la estableció a favor de la entidad contratante, de suerte que el contratista debe desvirtuar la presuncion de legalidad del contrato a traves de los medios probatorios admitidos, suficientes e idóneos que permitan demostrar la pretendida relación laboral.

Es decir que en tratandose del contrato estatal de prestacion de servicios, se impone al contratista que funge como demandante, la regla que señala que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si el no logra probar en desarrollo del proceso, los hechos constitutivos de su demanda "*actore non probante, reus absolvitur*", so pena que sus aspiraciones sean negadas.

En suma, pese a que los referidos nombramientos en provisionalidad no se apege al contenido de los Art. 8 y 10 de la Ley 443 de1998 vigente para esa época, que estableció que la duración máxima sería de 4 meses, prorrogable por una vez y siempre que previamente se convoque a concurso de méritos, es claro que el demandante desempeñó un empleo público de carácter temporal, por lo cual le asiste el derecho al pago de aportes a pensión durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero al 15 de junio de 2001 y del 1 de septiembre al 31 de diciembre de 2001, no así respecto el interregno entre estos extremos temporales.

Pretensiones del año 2002

De contera, se solicita el pago de aportes a pensión aplicables al periodo comprendido entre el 1º de enero al 31 de diciembre de **2002**, el cual no registra ningún aporte en la historia laboral emitida por Colpensiones (*fl.55 reverso*), en contraste obran documentos que indican que el demandante fue incluido en la nómina del municipio de Nobsa y en las planillas de liquidación ante el ISS (*fl.111, 112, 115, 117, 118,139 y 140*), sin que se realizara el pago.

Se encuentra probado además que mediante Resolución No. 006 enero 2 de 2002 (*fls.237-239*) proferida por el Alcalde Municipal de Nobsa, el demandante fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Portero-Celador, por el término de tres meses (enero, febrero y marzo de 2002) y nuevamente nombrado bajo las mismas condiciones mediante Resolución No. 082 de 22 marzo de 2002 (*fl.243-245*) por los tres meses siguientes (abril, mayo y junio de 2002), corroborado además con la inclusión en nómina de la entidad (*fl.113, 116, 120, 132 y 136*), en las que se hace descuento con destino al ISS, al igual que la inclusión del demandante en la liquidación de aportes en abril de 2002 a la ESAP (*fl.149*) y COMFABOY (*151-152*)

Respecto del ejercicio de empleo público de demandante en el periodo restante que reclama para esa anualidad, obra la certificación expedida por el Secretario de Gobierno y Talento Humano de Nobsa, que señala que al demandante le fueron liquidadas prestaciones sociales desde el 16 de junio al 31 de diciembre de 2002 (*fl.62*) y adicionalmente obra la relación del personal administrativo y servicios vinculado al Colegio Técnico de Nazareth certificado por el Rector de la institución para los meses de julio (*fl.132*) y septiembre (*fl.203*) del año 2002; también obra copia de la planilla sin pago de aportes a seguridad social al ISS del mes de julio (*fl.189*), septiembre (*fl.192*), diciembre (*fl.195*), todo de 2002; lo mismo que aportes a ESAP de COMFABOY de agosto (*fl.191*), octubre (*fl.194*), todo de 2002

De contera obra una fracción de la Resolución No.121 del 28 de junio de 2002 (*fl.251-252*), que da cuenta del nombramiento en provisionalidad del demandante en el cargo de Portero-Celador y además la liquidación de prestaciones sociales del periodo comprendido entre el 16 de junio de 2001 al 31 de diciembre de 2002, total 555 días (*fl.261*), por lo que hay certeza que estuvo vinculado durante este periodo con el municipio de Nobsa, bajo una relación legal y reglamentaria, por lo cual el derecho al aporte pensiona debe ser reconocido para toda esta anualidad.

Del acervo probatorio, se colige que el señor Luis Humberto López Amézquita, desempeñó empleo público en provisionalidad durante algunos periodos y otros bajo la modalidad de supernumerario por orden de servicio, por lo cual se establece que tiene a derecho a que se efectúe el pago de los aportes a seguridad social, limitado a los periodos que se enuncian en el siguiente cuadro resumen:

Año	Periodos pretendidos	Periodos reconocidos	Periodos negados
1998	Enero a julio	Enero, febrero, abril, mayo y julio	Marzo y junio
1999	Marzo a diciembre	Marzo a diciembre	Ninguno
2000	Enero	Enero	Ninguno
2001	Febrero a diciembre	febrero 1 a junio 15; y septiembre a diciembre	Del 16 de junio al 31 de agosto
2002	Enero a diciembre	Enero a diciembre	Ninguno

En este orden, teniendo en cuenta que mediante escrito con radicado No. 1419 de fecha 18 de diciembre de 2018, el demandante Luis Humberto López Amézquita elevó reclamación administrativa ante el Municipio de Nobsa, para que realice los aportes pensionales por el siguiente periodo: 1º de enero al 31 de julio de 1998; del 1º de marzo de 1999 al 31 de diciembre de 1999; del 1º al 31 de enero del 2000; del 1º de febrero al 31 de diciembre de 2001 y del 1º de enero al 31 de diciembre de 2002, (fl.10-13), la cual fue contestada mediante Oficio No. 030CGTH del 21 de enero de 2019, suscrito por el Secretario de Gobierno y Talento Humano del municipio de Nobsa (fl.17-20), indicando que se realizó un estudio de los documentos donde consta la relación laboral del peticionario, encontrando unos periodos en los cuales el municipio omitió efectuar las cotizaciones obligatorias, que someterá el caso al comité de conciliación.

Con fecha 1º de abril de 2019 (fl.14) el referido funcionario, responde nuevamente la petición, indicando que se profirieron diferentes actos administrativos mediante los cuales se nombró al señor LUIS HUMBERTO LOPEZ AMEZQUITA, que también se encontraron diferentes órdenes de servicios que soporta la efectiva prestación del servicio por parte del trabajador, con excepción de marzo de 1998 y febrero, marzo, abril, mayo y junio 1º al 15 de 2001, por lo que considera que no hay lugar a reconocer esos periodos, agregando que no tiene competencia para reconocer tiempo pensional, sino a Colpensiones, aduciendo que no se especifica si existió un contrato de trabajo o una relación legal y reglamentaria con el municipio, por lo que no es factible realizar los aportes de pensión dejados de cotizar, como tampoco puede acceder a realizar el cálculo actuarial de tales aportes. Finaliza indicando que si bien el demandante tiene derecho a que se le reconozcan los tiempos válidos para efectos de pensión, el municipio no cuenta con rubro específico para pago de cálculo actuarial, ni cotizaciones cuando el trabajador no se encuentra afiliado.

Por las razones expuestas se declarará nulo el acto administrativo enjuiciado por cuanto vulnera normas de carácter superior en que debía fundarse y en consecuencia ordenara al municipio de Nobsa efectuar el pago de aporte pensional por los periodos indicados, conforme al calculo actuarial que realice COLPENSIONES con base en el salario para cada periodo reconocido, certificado por el Secretario de Gobierno y Taleno Huimano de Nobsa en Oficio 586 dek 19 de noviembre de 2018 (fl.21-23) y surtira los efectos correspondientes para tener en cuenta como tiempo para que el demandante se pensione una vez adquirido ese derecho; en ese orden de ideas no se accede a la pretension supletoria solicitada en la demanda, respecto de la cuota-parte pensional.

11. DEL ACUERDO CONCILIATORIO

El apoderado del demandante presenta memorial informando que el municipio de Nobsa, a través del comité de conciliación, propone formula de arreglo respecto de las pretensiones de la demanda, según Acta No. 01 del 5 de marzo del 2020, indicando que existe un conceso entre las partes y solicita la aprobación de la conciliación por parte del despacho para finiquitar la litis planteada.

Al respecto, se encuentra que revisada la certificación de la propuesta de conciliación suscrita por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación de Nobsa, CAROLINA ORTIZ BAQUERO, dicho escrito no reúne los requisitos exidos por la ley para su consideración, toda vez que no se indica de manera concreta el valor, forma de pago, como tampoco plazo para tal fin, por lo cual y comoquiera que el acuerdo conciliatorio aprobado hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, llegado el caso no se podría considerar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible.

Por lo tanto, el Despacho se abstendrá de realizar análisis y consideración de los demás exigencias que deben concurrir para la aprobación de la conciliación e improbara la formulada presentada.

14. CONDENA EN 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 artículo 365 de CGP de una parte porque si bien es cierto se declara la nulidad del acto enjuiciado y se ordena el restablecimiento del derecho mediante el pago de los aporte a pensión dejados de cotizar , por otro lado se negó el reconocimiento de la relación laboral por los contratos suscritos entre demandante y demandado bajo la modalidad de orden de prestación de servicios.

15. 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 la **nulidad** del acto administrativo contenido en el Oficio S.G.T.H. No. 233 de 1 de abril de 2019, expedido por el Secretario de Gobierno y Talento Humano del municipio de Nobsa.

Segundo.- A título de restablecimiento del derecho, se **condena** al municipio de Nobsa a efectuar el pago de aporte pensional por los periodos indicados en la tabla resumen elaborada en la parte motiva, conforme al calculo actuarial que realice la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y surtira los efectos correspondientes para tener en cuenta como tiempo para que el demandante se

Tercero.- El municipio de Nobsa, debe cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

Cuarto.- Negar las demás súplicas de la demanda.

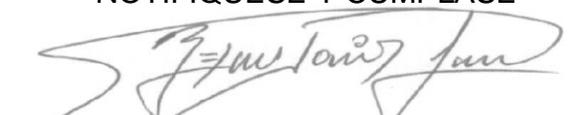
Quinto.- Sin condena en costas en esta instancia.

Sexto.- Improbar el acuerdo conciliatorio presentado por el demandante.

Séptimo.- En firme esta providencia, archívese el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes a la interesada, si a ello hubiere lugar.

Octavo.- Por cumplir los requisitos del Art. 76 CGP, aceptar la renuncia al poder presentada por el abogado IVAN DARIO VEGA CORONADO y en su lugar reconocer personería a la Abogada SANDRA MILENA CHAPARRO HERNANDEZ, identificada con C.C.No.1.057.580.537 y T.P.No. 275.303 del C.S. de la J. para representar al Municipio de Nobsa

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ