

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN SEGUNDA

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2017-00208-00
Demandante: Miguel Martínez Flórez¹
Demandado: Bogotá D.C - Secretaria de Educación Distrital²
Tema: Contrato Realidad

Bogotá D.C., 14 de octubre de 2020.

Sentencia No 55

Procede el Despacho, a dictar de forma escrita SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones

1. Declarar que entre el Distrito Capital – Secretaría de Educación de Bogotá, y mi representado, existieron varios contratos realidad como consecuencia del ocultamiento de una relación laboral en los contratos de prestación de servicios No. 807 del 7 de marzo de 2011, No. 1590 del 7 de febrero de 2012, 824 del 14 de febrero de 2013 y 298 del 16 de enero de 2014 suscritos con la misma.
2. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio con Rad. S-2017-48362 del 27 de marzo de 2017, por medio de la cual se le negó el reintegro, la declaratoria del contrato realidad y el pago de acreencias laborales.
3. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la entidad demandada la cancelación de todas las acreencias laborales a que tiene derecho el demandante, en virtud de la relación laboral que surgió ocultada a través de la figura de los contratos de prestación de servicios, representadas en salarios dejados de percibir, primas, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, bonificación por servicios prestados, etc.
4. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene pagar las diferencias salariales dejadas de percibir por el señor Miguel Martínez Flórez, toda vez que las funciones que desempeñaba se encuentran homologadas en grado 27, equivalentes a Almacenista, debido a que durante toda su vinculación laboral se le canceló su salario en grado (5).
5. Se ordene a la accionada pagar el valor de los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde el momento en que se hizo exigible la obligación, equivalente a \$176.961. 402.00 M/Cte., derivados de los conceptos relacionados en la estimación razonada de la cuantía.

Normas violadas invocadas

Constitución política de Colombia arts., 13, 48 y 53

Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo arts. 1, 3,88,95,97, 138, 141,146.

Artículo 21 ley 909 de 2004.

Decretos distritales 331 de 2008 , 056, 248, y 503 de 2010

¹ Apoderado: Luis Carlino Valencia, carlinovalencia@yahoo.com

² Apoderado: Sebastián Moreno Amaya, notificajuridicased@educacionbogota.edu.co
morenoamayasebastian@gmail.com

notificacionesjcr@gmail.com

Concepto de violación. Arguye que el demandante laboró para la Secretaría de Educación de Bogotá prestando sus servicios como auxiliar administrativo de un periodo a través de contratos de prestación de servicios y en otro, en un cargo temporal con su salario en grado 5, cuando las funciones desempeñadas correspondían a las de Almacenista grado 27.

Señala entre otros argumentos que es irregular la contratación de las funciones por prestación de servicios y la vinculación de la planta en forma temporal cuando los empleos permanentes, misionales y no obedecen a ninguna de las características establecidas en la ley para este tipo de vinculación, por lo que la motivación de dicho acto administrativo no corresponde a la realidad

Contestación de la demanda.

Señala entre otros argumentos que el demandante primero fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios y luego en provisionalidad, por lo que no se encubre una relación laboral en la medida que eran claras las condiciones contractuales para desempeñar el objeto del contrato desde que se estableció, por lo que no es procedente lo solicitado en la demanda además de no demostrar los elementos de un contrato de trabajo y en especial el de subordinación.

Identificación del acto acusado. Oficio No. S-2017-48362 del 27 de marzo de 2017.

Problema jurídico El litigio se contrae en establecer entre otros **1.-** Si el señor Miguel Martínez Flórez demostró que en la vinculación que tuvo con la Alcaldía Mayor de Bogotá - Secretaria de Educación Distrital desde el 7 de marzo de 2011 a través de contratos de prestación de servicios, se acreditaron los elementos configurativos de una verdadera relación laboral; si en el caso concreto operó la prescripción; si el demandante tiene derecho al pago de salarios y prestaciones equivalentes a los cargos de planta. **2.-** Frente a la vinculación en temporalidad corresponde determinar si el demandante tiene derecho a la nivelación salarial y el pago de las diferencias prestacionales del grado 5 al grado 27 **3.-** Si es procedente, entre otras demandas de restablecimiento del derecho, el reintegro al cargo.

Solución al problema jurídico.

Una vez estudiados los cargos, observamos que se contrató al demandante bajo la modalidad de contrato de prestación del servicio, encubriendo una relación laboral, lo que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades conforme con el artículo 53 de la Constitución Política, al desarrollar la labor en condiciones equivalentes a la personal de planta, al acreditarse los elementos constitutivos del vínculo laboral, esto es: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación o dependencia; (iii) el pago de una remuneración por la labor prestada y, (iv) la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada.

En consecuencia, al estar acreditada la existencia de la relación de carácter laboral y por ende desvirtuado el vínculo contractual (Ley 80 de 1993, artículo 32.3,) le asiste el derecho al demandante al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados.

Contrato de arrendamiento de servicios y contrato de prestación de servicios

El contrato de arrendamiento de servicios es una figura consignada en el Código Civil en los artículos 2063 a 2069, en la cual, en palabras del Consejo de Estado se encuentran los antecedentes históricos. Dicho contrato admitía la prestación del servicio, o bien bajo dependencia o subordinación, mediante un salario, o bien en forma independiente y autónoma, retribuido mediante el pago de honorarios y sin que genere una relación laboral; en el primer caso condujo al contrato de trabajo y en el segundo al contrato de prestación de servicios propiamente dicho³.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del veinte de agosto de mil novecientos noventa y ocho, consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN, Radicación número: 1127, Actor: Ministro De Salud, Referencia: Empresas Sociales del Estado. Régimen de contratación. El cargo de Gerente.

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 3 definió el contrato de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3°. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”⁴

Como lo ha dicho el Consejo de Estado, dicha normatividad contempló una presunción iuris tantum, al establecer que en ningún caso estos contratos -entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales; considerando el alto Tribunal con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, tanto en ese como en otros pronunciamientos que:

““Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que «... el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser iuris et de iure, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

Ahora bien, frente al caso que nos convoca es preciso que la denominada contratista, desvirtúe tal presunción, demostrando que en el respectivo contrato existió el elemento denominado subordinación, lo cual dependiendo de cada análisis en concreto y considerando varios factores, lo convertiría en un contrato laboral.

Lo anterior, debido a que el contratante determina exclusivamente el objeto a desarrollar por la contratista, quien a su vez ejecuta las labores encomendadas con autonomía e independencia, pues en caso contrario, se configura el elemento de la subordinación, propio del contrato laboral, que a su vez tiene implicaciones económicas diversas.

Para probar la existencia de este último, se requiere demostrar de forma incontrovertible además de la actividad personal y la remuneración, que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, la cual es aquella facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.”⁵

El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales⁶.

La realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53⁷ de la Carta

⁴ Los apartes resaltados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada

⁵ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00627-01(4696-15), Actor: Janeth Smith Fernández Caballero Demandado: E.S.E. Hospital San Juan De Dios De Girón

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, sentencia de febrero cuatro (04) de dos mil dieciséis (2016), Radicado No.050012331000201002195-01, No. Interno: 1149-2015, Actores: Hernán de Jesús Gutiérrez Uribe, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.

⁷ **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de

Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora 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.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

La sentencia C- 154 de 1997. Definición de los principales elementos del contrato realidad

Sea lo primero recordar que la Corte Constitucional en la Sentencia C- 154 de 1997, declaró la exequibilidad de la definición del contrato de prestación de servicios contenida en el numeral 3º. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁸, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada. En la parte considerativa de la sentencia se establecieron las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral, señalando que los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo son: la prestación personal de los servicios, la remuneración como contraprestación del mismo y la subordinación del trabajador al empleador⁹.

Enfatizó la sentencia de la Corte que es el elemento de la subordinación el que constituye la diferencia esencial entre los dos tipos de relación, en contraposición con los altos grados de autonomía e

las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

⁸Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997. La Corte declaró EXEQUIBLES las expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "en ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales".

⁹ El Consejo de Estado, en sentencia del 6 de octubre de 2016, citó la interpretación de la Corte Constitucional sobre este postulado en el cual se afirmó que "no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad [⁹]. De ello se deriva la existencia de lo que ha sido denominado como contrato realidad, "entendido por la Corte como aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma [⁹]. Asimismo, concluyó en esta oportunidad el Consejo de Estado que, con base en la postura de la Corte Constitucional sobre la materia, "independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de octubre de 2016, radicado: 76001-23-31-000-2012-00338-01(2685-15).

independencia con que cuenta el contratista en el contrato de prestación de servicios¹⁰, posición jurisprudencial que fue secundada por varios pronunciamientos del Consejo de Estado¹¹.

Al carácter distintivo de la subordinación en los contratos de trabajo, la jurisprudencia sumó de manera reiterada el elemento de la temporalidad, pues los contratos de prestación de servicios se celebran únicamente conforme al artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993: “por el tiempo estrictamente necesario”, partiendo de la regla general según la cual la función pública se presta por el personal de planta perteneciente a una entidad estatal y solo de forma excepcional por personal vinculado por contrato de prestación de servicios^{12/13}.

Postura jurisprudencial actual del Consejo de Estado

La posición actual del Consejo de Estado, partiendo de la diferenciación hecha por la Corte Constitucional en la Sentencia de Constitucionalidad 154 de 1997, sobre el contrato de prestación de servicios frente al contrato realidad sostiene lo siguiente¹⁴:

- i. En primer lugar, se superó la tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados, y en su lugar se señaló que cuando se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta el restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el ropaje de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral¹⁵.
- ii. De igual forma se superó la tesis sobre la no prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, pues antes se consideraba que como su exigibilidad era imposible antes de que se produjera la sentencia que declaraba la existencia de la relación laboral (carácter constitutivo)¹⁶. Se considera ahora, que si bien es cierto, es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años¹⁷.
- iii. En cuanto a la configuración de los contratos realidad, se concluyó que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia continuada en

¹⁰ *Ibidem.*” b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.// Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios”. (Resalta el Despacho).

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 3 de diciembre de 2007. Radicados.24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447. v.et. Sección Segunda, sentencia del 19 de enero de 2006, radicado: 2.579-05 y sentencia del 7 de septiembre de 2006, radicado: 1.420-01, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado: 4.669-04, y 23 de febrero de 2006, radicado: 3.648-05.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997 “c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (Resalta el Despacho).

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2002.

¹⁴ Síntesis lograda de las consideraciones de la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 27 de abril de 2016, radicado: 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14).

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07; Sentencias de 31 de Julio de 2008; Sentencia de 14 de agosto de 2008.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13.

el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público¹⁸.

iv. Asimismo, se ha resaltado que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo “onus probandi incumbit actori”, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada¹⁹.

Estado de la cuestión

Del desarrollo jurisprudencial citado, se entiende que, para comprobar la existencia de una relación laboral, se requiere que el demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es:

(i) Que su actividad en la entidad haya sido personal y que por esta recibió una remuneración o pago. Acreditar que en la relación con el empleador existió subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo u la imposición de reglamentos, subordinación que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

(ii) La parte actora debe demostrar su permanencia en labores inherentes a la entidad.

(iii) Sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral con todas sus implicaciones económicas, esa declaración no otorga la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección en la planta de cargos de la entidad y su correspondiente posesión.

Caso concreto –

Se procede a verificar si se encuentran configurados los tres elementos de la relación laboral, y si hay lugar al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a favor del demandante causadas desde el 7 de marzo de 2011 hasta el 30 de junio de 2014.

a.- Respecto a la actividad personal que prestó el señor Miguel Martínez Flórez.

Se encuentra probado que el demandante suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios y estuvo vinculado con Alcaldía Mayor de Bogotá -Secretaría de Educación Distrital, con el objeto de prestar apoyo asistencial a colegio del distrito capital, según contrato de prestación de servicios N. 807 de fecha 7 de marzo de 2011 (FI 4-14 archivo digital 2017-208); contrato de prestación de servicios N. 1590 del 7 de febrero de 2012 (fl 15 al 22), contrato N. 824 del 7 de febrero de 2013 (fl 23 -28) y contrato N. 298 del 16 de enero de 2014 (fl 29).

Así mismo obra certificaciones suscritas la Jefe de la Oficina de Contratos de la Secretaría de Educación Distrital Mérida Castiblanco Rodríguez, que acredita los contratos suscritos con el demandante así:

Número de contrato	Fecha de ingreso	Fecha de terminación
807	08-03-2011	07-12-2011
1590	08-02-2012	07-12-2012
824	14-02-2013	13-12-2013

Las anteriores certificaciones²⁰ indican como objeto del contrato: “brindar apoyo asistencial en labores administrativas a los Colegios del Distrito Capital”. Así mismo se tiene como alcance del objeto de los contratos las siguientes funciones:

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 17 de agosto de 2011. Expediente No. 1079-09.

²⁰ Folios PDF 18,19,20 (2017-208 ExpAdmin (1))

“En desarrollo del objeto contractual se pretende brindar apoyo a las labores administrativas asistenciales y operativas con la finalidad misma de poder atender a los usuarios internos, externos y al público en general, entregando información pertinente, actualizada y confiable. Brindar apoyo a los diversos trabajos de oficina de carácter administrativo, tales como, archivo y correspondencia, atención de público y requerimientos de elementos de acuerdo con las actividades y los procedimientos de la entidad. Dichas actividades se desarrollarán en los diferentes Colegios del Distrito Capital de acuerdo con las necesidades presentadas en los mismos”.

Si bien es cierto la anterior certificación no acredita el tiempo laborado en el año 2014, si obra contrato de prestación de servicios N. 298 del 16 de enero de 2014, que acredita que fue por 5 meses y 16 días, y posteriormente, fue vinculado a la planta temporal de la misma entidad desde el 1 de julio de 2014.

En consecuencia, para cumplir el objeto contractual el demandante, debía prestar un servicio personal para desarrollar actividades asistenciales en labores administrativas, y funciones como almacenista dentro del Colegio José María Carbonell.

La prestación del servicio personal se encuentra corroborado en los contratos suscritos por el demandante y en el testimonio del Rector del colegio Johan Montaña Ramos.

Es de aclarar que se encuentra probado la prestación del servicio desde el 8 de marzo de 2011 y no desde el 7 de marzo, como lo indica la certificación del contrato N. 807 de 2011, visto a folio 20 del expediente administrativo.

b.- Remuneración del servicio prestado:

No hay discusión frente al requisito de la remuneración, toda vez que el demandante recibió como contraprestación por el servicio prestado los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios.

De acuerdo con las certificaciones expedidas²¹ por la jefe de la Oficina de Contratos de la Secretaría de Educación Distrital Mérida Castiblanco Rodríguez, se acredita que los honorarios del demandante fueron los siguientes : El valor total del contrato de prestación de servicios N. 807 de 2011, fue de diez millones quinientos sesenta y siete mil ochocientos pesos (\$10'.567.800.oo), el contrato N. 1590 de 2012, fue por valor de doce millones quinientos setenta y cinco mil pesos (\$12'.575.000.oo), el contrato 824 de 2013 fue por valor de catorce millones de pesos (14'.000.000.oo) y el contrato N. 298 del 16 enero de 2014 fue por valor total de ocho millones cincuenta y seis mil quinientos treinta y tres pesos (\$8.056.533).

Obra copia de los contratos referidos en el expediente administrativo, los cuales indica que la forma de pago era de manera mensual, así mismo lo corrobora el demandante, al afirmar que los pagos eran consignados mensualmente a sus cuentas personales. Y que para el pago el demandante presentaba un informe de actividades cada mes con el visto bueno de la rectora de la Institución Sandra Juana Gómez; Finalmente, el informe se remitía a la Dirección Local de Educación de San Cristóbal. (Min 21:07)

c.- Frente a la Subordinación y dependencia:

Obra el testimonio rendido el día 6 de agosto de 2020, bajo juramento el señor Johan Montaña Ramos en calidad de rector de la Institución educativa, (minuto 1:00 video 2 en adelante) Colegio Carbonell, quien vigilaba el trabajo del demandante. Señala que el cargo desempeñado por el demandante hizo parte de la planta temporal creada en el año 2014; explica que las funciones ejecutadas por el demandante continuaron siendo las mismas desarrolladas a través de contratos de prestación de servicios como almacenista, el trabajo debía ser personal, se debía cumplir horario asignado por la anterior rectora de tiempo a atrás, se firmaba un formato de ingreso y salida que se encontraba en la secretaría.

interrogatorio de parte al actor el 6 de agosto 2020 (a partir del minuto 2:00 video 1 de la audiencia de pruebas)

²¹ Ibidem

El demandante respondió a las preguntas formuladas, informando que trabajo como almacenista en el Colegio José María Carbonell.

Agrega que, inicialmente fue contratado para apoyo secretarial, pero terminó ejerciendo funciones de almacenista. Que asistía a todas las capacitaciones desarrolladas por la Secretaría de Educación para los almacenistas.

Indica que cumplía horario de 7 am a 4:30 p.m. de lunes a viernes y firmaba una planilla de ingreso. Recibía ordenes por parte de su jefe inmediata la rectora del Colegio Sandra Juana Gómez de Rojas.

Manifiesta al despacho que cumplía con las siguientes funciones:

1. Realizaba los inventarios de la institución educativa con funciones de almacenista.
2. Entregaba refrigerios en las dos jornadas.
3. Recibía todos los bienes que compraba la institución; realizaba las entradas y salidas de los bienes, depuraba los elementos y era el encargado de dar de baja los elementos para dejar saneada la institución educativa.

La anterior acredita una verdadera subordinación en la prestación del servicio que por la naturaleza misma del cargo es de carácter permanente, pues se probó que el demandante cumplía funciones como auxiliar administrativo y como almacenista, el testigo acreditó que el demandante siguió con las mismas funciones que realizaba cuando era contratista, ingresó a la planta temporal de la misma entidad, con las mismas responsabilidades y el mismo horario.

En el plenario también se encuentran los siguientes documentos:

- Certificación suscrita por el rector Johan Montaña Ramos de la Institución educativa Colegio José María Carbonell de fecha 23 de mayo de 2016, que acredita que el demandante cumple funciones de almacenista. ²²
- Certificación de fecha 30 de junio de 2016, suscrita por el rector Johan Montaña Ramos de la Institución educativa Colegio José María Carbonell, que acredita que el demandante, prestó sus servicios a la Institución como auxiliar administrativo cumpliendo las funciones de almacenista desde el 8 de marzo de 2011 hasta el 30 de junio de 2016, en horario de 7:00 am a 04:30 pm. ²³
- Certificación de fecha 21 de noviembre de 2017, suscrita por el rector Johan Montaña Ramos de la Institución educativa Colegio José María Carbonell, que acredita que el demandante, prestó sus servicios a la Institución como auxiliar administrativo cumpliendo las funciones de almacenista desde el 5 de julio de 2016 hasta la fecha de suscripción de la certificación. ²⁴
- Actas de reunión de fecha 5 de mayo de 2016, en la cual el demandante firma como almacenista²⁵
- Reglamento interno del comité de sostenibilidad del sistema contable visto a folio 141.
- Formato de baja de elementos fl 144.
- Entradas de almacén del año 2012, 2013, 2014, 2015, orden de compra y actas de entrega. fl 146 ,

d.- Permanencia en el servicio:

Se requiere acreditar: a.) Que la labor desarrollada es inherente a la entidad y b.) Que existe similitud o igualdad en las funciones desempeñadas con otros empleados de planta y que la prestación del servicio no fue transitoria.

Respecto a la labor desarrollada, tenemos que el objeto principal de la Institución educativa, es la prestación de servicios educativos, y la labor ejecutada por el demandante era de apoyo en labores administrativas asistenciales, encargado de velar por el correcto funcionamiento del almacén entre otras

²² Fl 40 pdf 2017-208

²³ Fl 137 pdf 2017-208

²⁴ Fl 138 pdf 2017-208

²⁵ Fl 139-140 pdf 2017-208

funciones como apoyar en la entrega de refrigerios en las dos jornadas, así lo detalló el demandante en su interrogatorio, el rector de la institución y las certificaciones expedidas por la entidad; no está de menos indicar que su labor es indispensable, puesto que la apropiada marcha de estas áreas dependen en gran medida el óptimo funcionamiento de la entidad.

Frente a la similitud o igualdad en las funciones desempeñadas con otros empleados de planta, el demandante prestó sus servicios como apoyo asistencial en el colegio José María Carbonell y era el único que prestaba funciones como almacenista pues solo él tenía el cargo de auxiliar.

Respecto a la transitoriedad, se encuentra demostrado que el demandante prestó sus servicios a través de sucesivos contratos de prestación de servicios desde el 8 de marzo de 2011, hasta el 30 de junio de 2014, esto es, más 3 años de servicios ininterrumpidos, esto es, con el ánimo de emplear de manera continua sus oficios, no equiparable con la temporalidad que caracteriza jurídicamente a los contratos de prestación de servicios, posteriormente vinculado a la planta temporal de la entidad ejerciendo el mismo cargo no equiparable con la temporalidad que caracteriza jurídicamente a los contratos de prestación de servicios.

El estudio en conjunto de las pruebas, permiten concluir la falta de autonomía del demandante para llevar a cabo sus funciones, pues sus funciones eran personales, se encontraba supervisado y vigilado por la rectora de la Institución educativa, se sujetaba al cumplimiento de horarios y funciones como cualquier otro funcionario de planta; el cumplimiento de su labor requería su permanencia en las instalaciones de la entidad permanencia en las instalaciones de la entidad, el ejercicio de sus funciones como contratista por más de 3 años pone de presente que la labor ejecutada hacía parte del giro ordinario del colegio, razón por la que posteriormente, fuera vinculado a la planta temporal de la institución y por la que no podía estar vinculado por medio de un contrato de prestación de servicios

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que permite la celebración de contratos de prestación de servicios, no autoriza que las entidades del Estado a través de esta modalidad de vinculación desconozcan el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores.

Como lo ha reiterado, la Corte Constitucional, acudir a esta práctica, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores, sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal, y como se ha sostenido se acreditaron los requisitos de prestación personal del servicio, remuneración, subordinación y continuada dependencia a la entidad, encubriendo una verdadera relación laboral, máxime cuando el objeto contractual era inherente a la entidad.

En efecto, se acreditó que existió un contrato de trabajo y no una relación de carácter comercial o contractual, conclusión a la que llega el despacho conforme a las funciones y la jornada laboral que cumplía, junto con la acreditación de los elementos de la relación laboral, situación que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política. En consecuencia, deberá declararse la nulidad del acto administrativo acusado que negó la declaratoria de una relación laboral y por consiguiente el pago de los emolumentos salariales y prestaciones que nacen a la vida jurídica junto con esta.

Por consiguiente, habrá de declararse imprósperas las excepciones de fondo *ausencia de los presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción y, legalidad de los actos acusados*, al ser evidente la legitimidad de las pretensiones del actor.

¿Segundo problema jurídico: opera el fenómeno jurídico de la prescripción?

Prescripción en materia de contrato realidad²⁶

La prescripción es la acción o efecto de «adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de

²⁶ Sentencia SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDASUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 50001-23-33-000-2010-00606-01(1586-16) Actor: MARCELA DEL PILAR ROMERO TRUJILLO

cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley "o en otra acepción" como concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo»²⁷.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²⁸, al estudiar este fenómeno jurídico en la órbita del contrato realidad, consideró que: «[...] la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendiente entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este [...] y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado».

En la providencia en mención se definieron las reglas que en esta materia deberán atenderse para efectos de analizar el fenómeno prescriptivo en esta clase de asuntos:

i.- El estudio de la prescripción es posterior al de la existencia de la relación laboral: El juez solo podrá estudiar dentro de la sentencia, el fenómeno jurídico de la prescripción en cada caso, una vez analizada y demostrada la existencia de la relación laboral entre las partes.

ii.- Prescripción frente a las prestaciones sociales.

1.- Prestaciones sociales. La prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, interpretados en armonía con el artículo 12 del Convenio 95 de la OIT y los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, progresividad, prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos al trabajo en condiciones dignas, tal como lo sostuvo esta sección en la referida sentencia, se contabilizará a partir de la terminación del vínculo contractual.

Así pues, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, supera los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar las prestaciones que de ella se derivan, en aplicación del principio de la «primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales» de que trata el artículo 53 Constitucional, perderá su oportunidad de obtenerlas, ya que dicha inactividad o tardanza será traducida en desinterés, el cual no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Empero, precisó que, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un periodo determinado y que la ejecución entre uno y otro tenga un lapso de interrupción, habrá de analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización, por cuanto uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. En este sentido, le corresponde al juez analizar si existió o no la referida interrupción, la cual será excluida del reconocimiento y estudiada en cada caso particular, con el fin de proteger los derechos de los empleados, a quienes se les han desconocido sus derechos bajo la figura de los contratos de prestación de servicios.

2.- Aportes a pensión. En la citada providencia se determinó que este fenómeno jurídico no sería aplicable frente a los aportes para pensión, «en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales», por lo tanto, aun cuando los derechos salariales estén prescritos, por no haber sido reclamados dentro de los 3 años en que se hicieron exigibles, procederá el reconocimiento de los valores que debieron ser aportados para efectos de pensión.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016, actor: Lucinda María Cordero Causil. Número interno: 0085-2015.

No obstante, lo anterior no supone la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por este concepto, efectuados por el contratista, por cuanto ello representa un beneficio económico para él, que en nada influye en el derecho pensional, que es realmente el que se pretende proteger.

Asimismo, resaltó que en atención a que el derecho a una pensión afecta la calidad de vida del individuo que prestó sus servicios al Estado, el juez contencioso administrativo deberá estudiar en todas las demandas en las que se reconozca la existencia del contrato realidad, lo correspondiente a las cotizaciones debidas por la administración al Sistema de Seguridad Social en pensiones, aunque no se haya solicitado expresamente por el interesado, pues si bien la justicia contenciosa es rogada, lo cierto es que este precepto debe ceder ante postulados de carácter constitucional tales como la vida en condiciones dignas y la irrenunciabilidad a la seguridad social.

De igual forma, sostuvo que las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema de seguridad social, derivados de la declaratoria de la existencia de la relación laboral, por su carácter de imprescriptibles y de naturaleza periódica, están exceptuadas de la caducidad.

Caso concreto. Revisadas las pruebas documentales aplicando la sentencia unificada del Consejo de Estado, se tiene que no hubo interrupción en los contratos de arrendamiento y de prestación de servicios, no configurándose el fenómeno de la prescripción, en razón a la reclamación presentada el día 15 de marzo de 2017 y la terminación del vínculo contractual el día 30 de junio de 2014.

¿Tercer problema jurídico: el demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados de planta?

Indemnización derivada de la existencia de la relación laboral

La consecuencia de probar la existencia de la relación laboral es el reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral

Es preciso indicar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, por ende, el restablecimiento del derecho se ordena a título de indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir.

Al respecto, el Consejo de Estado en providencia de 2014, señaló cuáles son las prestaciones sociales que deberán reconocerse, así:

«[...] Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son, entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

[...]Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. [...]»²⁹ (Negritas del texto original).

Posteriormente, en la sentencia de unificación ya citada, respecto de los aportes a pensión, consideró que: «[...] la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le corresponda como empleador [...] la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumba como trabajadora».

Lo anterior significa, que la entidad demandada para efectos del reconocimiento de estos aportes, deberá tener en cuenta el ingreso base de cotización, durante todo el tiempo laborado, esto es, el periodo durante el cual se desarrollaron las órdenes de prestación de servicios, salvo sus interrupciones, y verificar mes a mes los aportes efectuados por el trabajador, para así cotizar al respectivo fondo de pensiones lo que le compete como empleador, si es del caso. A su vez a la accionante le corresponde acreditar dichos aportes durante el tiempo de la vinculación y en caso de no haberse realizado o si existiere diferencia sobre los mismos, pagar o completar el porcentaje a su cargo.

Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado al considerar:

“De otra parte, en lo concerniente a la nivelación de los honorarios de la accionante, señala la Sala que en las controversias de contrato realidad cuando se declara la existencia de la relación laboral, hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar pero liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, puesto que, la relación laboral que se reconoce deviene de los contratos estatales pactados pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de la relación laboral, de tal manera que, el valor pactado en cada contrato constituye el parámetro objetivo para la liquidación de las prestaciones a que tiene derecho sin que haya lugar a que se modifique el contenido clausular referido al valor del contrato de prestación de servicios.”³⁰

Con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado aplicable al presente asunto, se ordenará a la entidad demandada pagar a título de indemnización, a favor del demandante lo siguiente:

1.- El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del Municipio de Bogotá Distrito Capital Secretaria de Educación del Distrito en el periodo de 8 de marzo de 2011 al 30 de junio de 2014, tomando como base de liquidación el valor contratado y realizar los descuentos de ley.

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar el Municipio de Bogotá Distrito Capital Secretaria de Educación del Distrito como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social entre el 8 de marzo de 2011 al 30 de junio de 2014, tomando como base de liquidación el valor contratado pues en este punto no operan los fenómenos jurídicos de caducidad de la acción y de prescripción cuando se presente la reclamación de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, como quiera que redundan en garantías de orden público imprescriptibles, por mandato de la Constitución y la ley y, debido a que el juez contencioso tiene el deber de pronunciarse sobre el particular a efectos de efectivizar los derechos del trabajador.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 18 de septiembre de 2014, Expediente: 68001-23-33-000-2013-00161-01 (0739-2014) Actor: Elkin Hernández Abreo

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16), Actor: Yunived Castro Henao, Demandado: E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca

Para tales efectos, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Del mismo modo la demandada deberá devolver los dineros que haya cancelado el demandante en razón a la cuota parte legal que el ente demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos suscritos entre el interregno de tiempo reconocido.

Las demás pretensiones se negarán con fundamento en lo siguiente:

1.- Indemnizaciones:

En cuanto a la indemnización, como solicitó el actor en su escrito de demanda, se dirá que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y, adicional a ello, debe decirse, que la relación -que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es de índole laboral-, con la entidad demandada terminó, por voluntad de las partes al finiquitar el término contractual

2- Indemnización moratoria: Las cesantías como prestación social de carácter especial, constituyen un ahorro forzoso de los empleados para auxilio en caso de quedar cesantes. Este emolumento se encuentra regulado por las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, las cuales prevén que el empleador deberá liquidarlo al 31 de diciembre de cada año por anualidad o fracción, y consignarla antes del 15 de febrero del año siguiente a que se causó, en cuenta individual a nombre del empleado en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Así mismo, se dispuso que en caso de que la entidad empleadora las consignara de forma extemporánea, habría lugar al reconocimiento de una sanción moratoria favor del trabajador, así:

«Artículo 99. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

[...]

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

[...]» (Se subraya)

De modo que si el empleador consigna las cesantías anuales con posterioridad al 15 de febrero del año siguiente al que se causaron, deberá reconocer y pagar a favor del asalariado sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retardo.

No es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor de la demandante porque la obligación del pago de las cesantías se constituye a partir de esta sentencia razón por la que no se den los presupuestos legales para su reconocimiento

3. En lo referente al pago de los valores correspondientes a retención en la fuente ha dicho el Consejo de Estado que en casos como el presente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se discuten temas laborales no es el medio adecuado para ello, por lo tanto, en atención a este criterio, la devolución de los dineros deducidos por conceptos tributarios no es procedente³¹.

4.- Asimismo, es improcedente en estos casos condenar a la parte demandada al pago por el valor de la póliza única de cumplimiento que el demandante debió comprar para garantizar el contrato suscrito toda vez que el restablecimiento del derecho consecuencia de la declaración de una relación laboral lleva

³¹ Sentencia de 13 de junio de 2013, Exp. 0042-13 Demandante: Alejandro Gómez Rodríguez, Demandado: Hospital San Fernando de Ama ESE, CP: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 6 de octubre de 2016, Exp. No. 1773-15, Demandante: Jhon Gerardo Giraldo Rubio, CP: William Hernández Gómez.

implícito el reconocimiento de prestaciones sociales dejadas de percibir, pero no el pago de valores proporcionados en acatamiento a las obligaciones contraídas en la celebración de contratos de prestación de servicios.

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor conforme a lo dispuesto en el CPACA artículo 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda³² : $R = Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ³³

Segundo problema jurídico: corresponde determinar si el demandante tiene derecho a la nivelación salarial y el pago de las diferencias prestacionales del grado 5 al grado 27

Manifiesta el apoderado del demandante que el Señor Miguel Martínez prestó sus servicios para la Secretaría de Educación de Bogotá, como auxiliar administrativo mediante contratos de prestación de servicios, y posteriormente, en nombramiento en provisional vinculado mediante planta temporal, sin embargo, se le canceló el salario correspondiente al grado 05, cuando las funciones desempeñadas correspondían a las de Secretaria de Rectoría como Almacenista, cargos que hoy están homologados en los grados 24 y 27, respectivamente.

Con el fin de acreditar lo anterior, se aportó acta de posesión del demandante de fecha 1 de julio de 2014, en nombramiento temporal del cargo auxiliar administrativo código 407 grado 05, en el colegio José María Carbonell, según resolución N. 1155 de 2014, RP dependiente de la planta de empleos temporales de la Secretaria de educación del distrito, con una asignación básica mensual de \$1.069.249. (fl 27 pdf exp adm)

Obra la Resolución N. 1155 del 27 de junio de 2014, por medio de la cual se efectúa unos nombramientos en la planta temporal de personal administrativo de la Secretaria de Educación Distrital entre ellos el demandante, lo anterior acredita que se crearon 500 empleos de carácter temporal, en el cargo Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 05, a partir de la fecha de la resolución y hasta el 31 de diciembre de 2015, financiados con recursos propios (RP).

Así mismo obra certificación suscrita por la Dirección de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C, que acredita que el demandante fue nombrado en provisionalidad como auxiliar administrativo de la planta temporal código 407 grado 05, a partir del 1 de julio de 2014 al 31 de diciembre de 2015, según resolución 1155 del 27 de junio de 2014, y prorrogado el nombramiento a partir del 1 de enero de 2016 según Resolución 13817 del 30 de diciembre de 2015.(FI 39 pdf 2017-208).

De las pruebas aportadas se evidencia la Resolución N. 2 2 6 8 del 13- 12 -2013, por el cual se adopta el manual específico de funciones y de competencias laborales para la planta de empleo temporal de la Secretaria de Educación Distrital, que indica las funciones asignadas al demandante así:

- “Prestar **apoyo en las actividades secretariales relacionadas con el área académica y de rectoría.** De acuerdo con los procedimientos establecidos en la institución.
- *Organizar archivos de la secretaria académica y de rectoría de acuerdo con las tablas de retención documentales establecidas en la institución educativa.*
- *Brindar atención personal y telefónicamente a la comunidad estudiantil dentro del horario definido para la atención al público en general.*
- Adelantar **el proceso de depuración de las existencias del inventario en la institución educativa,** de acuerdo con los procedimientos implementados para la gestión de los recursos físicos.
- *Actualizar la base de datos de los estudiantes, docentes y personal administrativo, de conformidad con los parámetros establecidos por el jefe inmediato.*
- *Brindar apoyo en el servicio de la biblioteca, el manejo de los elementos audiovisuales y demás ayudas educativas de acuerdo con el procedimiento establecido en la institución educativa.*

³² Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

³³ En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.

- **Realizar los informes requeridos a la institución educativa, por la Secretaría de educación y demás entidades externas de acuerdo con la oportunidad requerida.** “

Si bien es cierto el demandante también realizaba funciones como almacenista, la Resolución N. 2 2 6 8 del 13- 12 -2013, por el cual se adopta el manual específico de funciones y de competencias laborales para la planta de empleo temporal de la Secretaría de Educación Distrital, establecía entre otras funciones generales prestar **apoyo en las actividades secretariales relacionadas con el área académica y de rectoría.** De acuerdo con los procedimientos establecidos en la institución, **Adelantar el proceso de depuración de las existencias del inventario en la institución educativa, de acuerdo con los procedimientos implementados para la gestión de los recursos físicos, Realizar los informes requeridos a la institución educativa, por la Secretaría de educación y demás entidades externas de acuerdo con la oportunidad requerida.** Se observa que tenía algunas funciones específicas relacionadas con el área de almacén y también funciones generales como auxiliar administrativo.

La ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, consagra el nombramiento en el empleo temporal, específicamente en los artículos 2.2.1.1.1 y 2.2.1.1.4, e indica que el acto administrativo debe establecer el término de duración, tal como lo señaló la Resolución 1155 de 2014 y Resolución 1387 del 30 de diciembre de 2015, que creó los cargos entre ellos el del demandante, dichos actos administrativos fueron claros en establecer el término de duración, por lo tanto la legislación permite este tipo de vinculación temporal, el cual tiene como característica principal su transitoriedad.

Es de agregar, que el demandante al posesionarse aceptó el cargo en toda su integridad como auxiliar administrativo código 407 grado 05, cargo ligado a su perfil, es decir que aceptó el empleo teniendo en cuenta los requisitos de experiencia, hoja de vida y requisitos de acceso, pues, es de aclarar que cada cargo tiene unos requisitos específicos de acuerdo a la naturaleza de las funciones, y el demandante se posesionó en el empleo grado 05 y no en el grado 27 que requería otros requisitos específicos.

Por otro lado, la administración pública mediante acto administrativo crea los cargos temporales con base en un estudio técnico atendiendo a la necesidad del servicio.

No obra prueba idónea que permita determinar la falta o falsa motivación del acto administrativo de creación razón por la cual no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo y se considera ajustado a derecho, aunado el testigo Yohan Montaña Ramírez y el demandante, si bien manifiestan el desempeño de las funciones como almacenista, no niegan que desempeñó otras funciones como entregar refrigerios en las dos jornadas laborales, por lo que sus labores no eran exclusivas en el servicio de almacenista dado que el cargo para el que fue nombrado tiene unas funciones mucho más amplias que el de almacenista. En consecuencia, no obra prueba que permita acceder a la pretensión de nivelación salarial.

Finalmente, el despacho no impondrá costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto con lo previsto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, por no encontrar probados gastos que la sustenten.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - Declarar la nulidad parcial del Oficio No. 2017-48362 del 27 de marzo de 2011, suscrito por la Jefe de la Oficina de Personal de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C Secretaria de Educación, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - Declárese la existencia de la relación laboral entre BOGOTA D.C Secretaria Educación Distrital y el señor MIGUEL MARTINEZ FLOREZ, durante el período comprendido entre el 8 de marzo de 2011 y el 30 de junio de 2014.

TERCERO.- Condénese al distrito Capital- Secretaria Educación Distrital a pagar a título de indemnización a favor del señor MIGUEL MARTINEZ FLOREZ, el equivalente a las prestaciones sociales

ordinarias que percibían los empleados públicos de la Secretaría Educación Distrital, durante el período comprendido entre el 8 de marzo de 2011 y el 30 de junio de 2014 tomando como base de liquidación el valor contratado y, el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Devolver los dineros que haya cancelado el demandante en razón a la cuota parte legal que el ente demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos suscritos tal como quedó explicado en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO. – Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor conforme a lo dispuesto en el CPACA artículo 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda³⁴ : $R = Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ³⁵

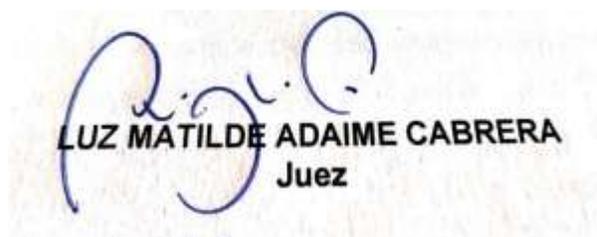
QUINTO. - Denegar las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

SEXTO. - Se ordena el cumplimiento de la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del CPACA.

SEPTIMO. - SIN COSTAS en esta instancia

OCTAVO. - Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNIQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). expídase copia de conformidad con lo normado en el numeral 2º del artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

³⁴ Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

³⁵ En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.

Radicación: 11001-33-35-017-2017-00208-00
Demandante: Miguel Martínez Flórez
Demandado: Bogotá D.C - Secretaría de Educación Distrital

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2feee923c26c3a1c7cc726f67dfc2f40fb17efea58fbac2bb54ef0027bc59b61**
Documento generado en 14/10/2020 06:48:54 p.m.

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