



**JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Aydée Anzola Linares, CAN, piso 4°

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, treinta (30) de noviembre dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2017-003-00
Demandante:	FERNANDO ENRIQUE BARRERA
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERICTO NACIONAL

Tema: *Contrato Realidad-Prestación de servicios técnicos- analista precontractual.*

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020¹ y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones: El señor Fernando Enrique Barrera a través de apoderado judicial presentó demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tendiente a obtener la nulidad del acto administrativo No. 10742 MDN-CGF-CE-CEJEM-JEFAB-CELIS-DG de 09 de

¹ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

diciembre de 2014, proferido por las Fuerzas Militares de Colombia- Ejército Nacional- Liceos del Ejército, que consideró no viable acceder a la petición de declarar la existencia de un contrato de trabajo con el demandante. Solicita que a título de restablecimiento del derecho se declare que entre el actor y la entidad demandada existió un contrato de prestación de servicios técnicos de trabajo desde el 31 de diciembre de 2009 y el 21 de diciembre de 2013.

Como consecuencia de lo anterior, declarar que la entidad demandada no pago al demandante en forma oportuna y/o completa los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes al sistema de seguridad social debidos al momento de la terminación del contrato de prestación de servicios técnicos de trabajo el 21 de diciembre de 2013.

De la misma manera se debe determinar si tiene derecho al pago de las prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, el doble de los intereses a las cesantías, la indemnización moratoria por la no consignación oportuna y completa de las cesantías al respectivo fondo a razón de un día de salario por cada día de retardo, igualmente la sanción moratoria por el no pago completo de salario y prestaciones sociales debidas hasta cuando se verifique su pago, y/o subsidiariamente indexar los valores resultantes del concepto laboral.

Impetra así mismo que una vez demostrada la relación laboral entre las partes, se condene a la entidad que realice los aportes completos a la seguridad social al sistema de pensiones, teniendo en cuenta la reliquidación de los valores correspondientes a salarios y prestaciones sociales de los tres años anteriores a la fecha de terminación del contrato de prestación de servicios técnicos.

2.2. Hechos². Tal como lo señaló en la demanda los hechos son los siguientes

1. El demandante prestó sus servicios personales en la entidad Liceos del Ejército como analista de personal durante 5 periodos y que las actividades las realizó directamente en las instalaciones de la entidad.
2. El actor señaló que todos los contratos los desarrolló bajo subordinación y en forma continua, cumpliendo con un horario de trabajo de 7:00 a.m. a 4:30 p.m. con dos horas de almuerzo de 12:00 a 2:00 p.m.
3. Argumentó que todos los contratos los desarrolló con equipos, muebles y útiles de la entidad demandada.
4. Indicó que mediante reclamación administrativa del 20 de noviembre de 2014 solicitó al Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional- Liceos del Ejército, el reconocimiento de un contrato de trabajo desde el 31 de

² Fls. 39-43

diciembre de 2009 y el 21 de diciembre de 2013, para que la citada entidad procediera con el pago respectivo de los salarios y prestaciones sociales que le pudieran corresponderle por la labor prestada y desempeñada en los Liceos del Ejército.

5. Expresó el actor que mediante oficio No. 10742 MDN-CFGM-CE-CEJEM-JEFAB-CELIS-DG de 9 de diciembre de 2014, la entidad accionada no accedió a la petición instaurada por el actor manifestando que el vínculo entre las partes fue un contrato de prestación de servicios y no un contrato laboral.

2.3 Normas violadas y concepto de violación. Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: de rango constitucional los artículos 25 y 53; de orden legal los artículos 1, 5, 8, 12 y 17 de la Ley 6ª de 1945, la Ley 4ª de 1966, los artículos 5, 6, 8, 9, 11, 14 del Decreto 3135 de 1968; los artículos 1, 2, 3, 5, 8, 13, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 32, 33, 40, 42, 52, 58, 59, y 60 del Decreto 1045 de 1978 y la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997 proferida por la Corte Constitucional.

Señaló que con la expedición del acto acusado se vulneran los principios de la primacía de la realidad sobre las formalidades, igualdad, e irrenunciabilidad de los beneficios laborales, toda vez, que las condiciones en que se prestó el servicio por parte del demandante fueron las propias de una relación laboral por lo que se afirma que hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales inherentes al vínculo laboral.

Adema, expresó que todos los elementos de un contrato laboral confluyen en la contratación del actor pues este se dio de forma personal, recibió siempre una remuneración y estuvo ligado de forma subordinada, pues se exigía el cumplimiento de servicios prestados en las instalaciones de Liceos del Ejército, con labores desarrolladas bajo supervisión e instrucciones del superior jerárquico de turno y con equipos de trabajo de la misma entidad, por lo anterior solicitó del Despacho se accedieran a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se le reconozcan al actor todas las prestaciones y emolumentos laborales y sociales que se despenden de dicha relación.

2.4. Actuación procesal. La demanda se presentó el 11 de enero de 2017³, por medio de auto de 29 de marzo de 2017⁴, el Despacho admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 23 de noviembre de 2017⁵, fue notificada mediante correo electrónico a las partes demandadas, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Posteriormente, la parte demandada contestó la demanda de la referencia

3 Folio 42
4 Folio 44
5 Ver folio 51

a través de memorial de 6 de marzo de 2018⁶, dentro del cual ejerció su derecho de defensa y contradicción al igual que se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Cumplido lo anterior, se llevó a cabo audiencia inicial el 5 de febrero de 2020⁷ en la cual se desarrollaron cada una de las etapas consagradas en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, desde el saneamiento hasta el decreto de pruebas, en dicha etapa se decretaron unas pruebas documentales, como también unos testimonios e interrogatorio de parte para el 1 de octubre de 2020⁸. Llegado el día de la audiencia de pruebas se recibieron los testimonios e interrogatorio de parte decretados, se incorporaron las pruebas que hasta la fecha habían llegado y se cerró el periodo probatorio además se corrió traslado para alegar de conclusión, etapa de la cual hicieron uso las partes.

2.5. Pronunciamiento de la parte demandada. Por conducto de apoderado judicial, contestó en término la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda aduciendo que no se encuentran respaldadas en la realidad de los hechos, ni se estructuran los presupuestos legales para su prosperidad.

Señaló que para la existencia de un contrato laboral es necesario la prestación personal del servicio, la subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo, elementos distintos a los del contrato de prestación de servicios, el cual para su existencia requiere que la actividad independiente desarrollada no se realice bajo subordinación y dependencia.

Expresó que el elemento de subordinación o dependencia es el elemento que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; todo contrato de prestación de servicios con elementos esenciales propios de un contrato individual de trabajo puede ser desvirtuado en atención a que el contrato de prestación de servicios pues para el caso en concreto la coordinación de actividades no configura subordinación.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 La parte demandante. Presentó sus alegatos en audiencia, los cuales quedaron grabados en audio y video.

⁶ Ver folio 60

⁷ Folio 93

⁸ Lo anterior teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales por la pandemia decretada por el COVID 19 por parte del Gobierno Nacional.

En síntesis reiteró los argumentos señalados en la demanda y precisó que se encuentra probada la relación de trabajo entre el demandante y la entidad demandada y que tal reconocimiento se debe hacer desde el 31 de diciembre de 2009 como término inicial de contratación y como termino final el 21 de diciembre de 2013, indicó que es importante tener en cuenta los testimonios e interrogatorio de parte demostraron la prestación personal del servicio por parte del demandante al igual que la remuneración la cual consta en las certificaciones aportadas al plenario.

Con respecto al elemento clave, esto es, la subordinación, sostuvo que las ordenes que recibió el actor eran relacionas con el contrato de prestación de servicios, y que las actividades desarrolladas por el actor como analista precontractual, eran también realizadas por la Sargento, es decir, que esta realizaba las mismas funciones del demandante, sin embargo, el actor fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios y esta como empleada de planta. Igualmente, quedó probada la permanencia del demandante en las instalaciones de la entidad que era de lunes a viernes y de manera diaria y que no podía delegar funciones. Finalmente, solicita del Despacho se accedan a las pretensiones de la demanda por encontrarse colmados los elementos esenciales del contrato laboral.

2.6.2 La parte demandada. Presentó sus alegatos en audiencia, los cuales quedaron grabados en audio y video.

Señala que no existió un contrato de trabajo entre el actor y la entidad demandada, toda vez, que las funciones para las cuales fue contratado en el liceo de Ejércitos, como auxiliar contable, fueron descritas dentro del objeto contractual, es decir que todas las funciones realizadas por él hacen parte del objeto contractual que celebró con el Liceo de Ejércitos, en otras palabras, ninguna de ellas desbordó el objeto de los contratos.

Indicó que la testigo Sandra, era la asesora jurídica por lo tanto ella debía revisar las actividades del auxiliar contable, añadió que no se demostró que el actor cumplía a cabalidad un horario; y que con los testigos no desempeñaban las mismas funciones, por ende, no se topaban durante las jornadas laborales. Además, expresó que el testigo fue enfático en señalar que solo se veía una vez al mes con él, es decir, muy esporádicamente y del interrogatorio del demandante se desprende que para ausentarse del puesto de trabajo solo debía a informar mas no pedir permiso.

2.5.3 Concepto del Ministerio Público. La delegada del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1 Problema Jurídico. Tal como quedó fijado en la audiencia inicial, consiste en determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo **No. 10742 MDN-CGF-CE-CEJEM de 9 de diciembre de 2014**, proferido por las Fuerzas Militares de Colombia- Ejército Nacional – Liceos del Ejército, por medio del cual le negó al demandante la existencia de un contrato de trabajo entre el **31 diciembre de 2009 al 21 de diciembre de 2013**.

En segundo lugar se debe establecer si tiene derecho a que se le reliquide y pague los valores correspondientes a: salarios pendientes de pago de los tres años anteriores a la fecha de terminación del contrato de prestación de servicios técnicos, esto es entre el 31 dic de 2009 al 21 de diciembre de 2013.

De la misma manera se debe determinar si tiene derecho al pago de las prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, el doble de los intereses a las cesantías, la indemnización moratoria por la no consignación oportuna y completa de las cesantías al respectivo fondo a razón de un día de salario por cada día de retardo, igualmente la sanción moratoria por el no pago completo de salario y prestaciones sociales debidas hasta cuando se verifique su pago, y/o subsidiariamente indexar los valores resultantes del concepto laboral.

Así mismo se debe comprobar una vez demostrada la relación laboral, si hay lugar a condenar a la entidad que realice los aportes completos a la seguridad social al sistema de pensiones, teniendo en cuenta la reliquidación de los valores correspondientes a salarios y prestaciones sociales de los tres años anteriores a la fecha de terminación del contrato de prestación de servicios técnicos.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **(i)** La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, **(ii)** Línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado frente al contrato realidad, **(iii)** La prescripción extintiva de los derechos derivados de la vinculación laboral como realidad **(iv)** De la relación de coordinación en los contratos de prestación de servicios, la subordinación, el elemento medular del contrato realidad, y **v)** Caso concreto.

3.2. La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señala que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades del Estado, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Entre los contratos estatales que establece la norma, se encuentra el de Prestación de Servicio y lo define como aquellos que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, expresando que sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, precisando que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Por su parte el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 22 define el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

Para que el contrato de trabajo se configure, o se presuma, deben confluir unos elementos que de presentarse simultáneamente dan lugar a la relación laboral, esto es (i) actividad personal del trabajador, (ii) continuada subordinación (iii) y retribución.

La Constitución Política de 1991, en el Capítulo II artículo 125, relativo a la función pública, contempla que:

“(…) no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (art. 122 CP.), y seguidamente señala que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley...”

Por consiguiente, la vinculación a la administración para el ejercicio de la función pública puede ser de diferentes clases de acuerdo al ordenamiento jurídico y según las especificidades propias de las circunstancias, las cuales desde el punto de vista ordinario son: legal y reglamentaria (empleo público) y laboral contractual (trabajador oficial). Sólo en casos excepcionales se vinculará a contratistas para la prestación de sus servicios (relación contractual estatal).

En ese orden, los dos primeros; es decir, el vínculo legal y reglamentario y laboral contractual, obedecen a una relación de índole laboral, por lo tanto tienen elementos esenciales que los hacen diferentes al estatal de prestación de servicios, por cuanto en ellos se presenta (i) la subordinación al empleador, (ii) la prestación personal del servicio y (iii) el pago de una remuneración.

Contrario sensu, en el contrato de prestación de servicios, la actividad es independiente, puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica, caracterizándose, porque carece del elemento de subordinación laboral o dependencia. Sin embargo, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, por manera que el contrato de prestación de servicios, como lo ha sostenido la Corte Constitucional⁹ y el H. Consejo de Estado¹⁰, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales.

En efecto, el mencionado contrato se funda en el desarrollo de una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de ser autónomo en la ejecución de la labor contratada; es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien suscribe un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Por consiguiente, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre un particular y una entidad pública, y se acredita la existencia de los tres elementos propios de todo contrato de trabajo -subordinación, prestación personal del servicio y remuneración-, producto de esto, surge el derecho a que sea reconocida una relación laboral que, en consecuencia, confiere al contratista las prerrogativas de orden prestacional, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Los contratos de prestación de servicios se permiten en los casos en los cuales la función de la administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante, o por la necesidad de conocimientos especializados, pudiendo ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas.

3.3.- Antecedentes jurisprudenciales del contrato realidad¹¹

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del

⁹ Sentencia C-154/1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara.

¹⁰ Consejo de Estado, secc. 2ª, sub-secc. "B", sentencia del 25 de marzo de 2010. CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 1131-09.

¹¹ Este capítulo fue tomado íntegramente de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2013 por la Sección Segunda - Subsección A del Consejo de Estado, expediente radicado con el número: 47001 23 31 000 2010 00497 01 (1673-12), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte señaló que el ejercicio de tal potestad es ajustada a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente¹².

Por su parte el Consejo de Estado, en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente número 0245, con ponencia del doctor Jesús María Lemos Bustamante¹³, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la remuneración y (iii) en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contrapone a la jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento subordinación¹⁴.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de esta manera que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual, regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista sea autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser restringida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar

12 Corte Constitucional. Sentencia C-154-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

13 Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00027-01(245-03). Actor: Esther Cruz Olaya. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

14 Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos.

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados¹⁵.

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se colige en cuanto a su configuración, que constituye un 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 (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en 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 público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito¹⁶.

En este orden de ideas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo "*onus probandi incumbit actori*"¹⁷, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos previamente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de esclarecer, bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogenicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada asunto.

15 Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 31 de julio de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

16 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Radicado No. 3074-2005. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

17 La carga de la prueba incumbe al actor.

3.4.- Prescripción de los derechos laborales derivados del contrato realidad e ingreso base de liquidación de las prestaciones a reconocer

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora la sección segunda del Consejo de Estado concluyó sobre su no operancia, en tanto se consideró que su exigibilidad era literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; vale decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y, por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo¹⁸.

Sin embargo, posteriormente se determinó que, aunque es cierto que desde la sentencia 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 3 años¹⁹.

Y seguidamente el Consejo de Estado determinó que el plazo razonable en el que se debe petitionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral es dentro de los 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato, momento que *mutatis mutandi* puede asimilarse al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 91 del CPACA, en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados²⁰.

En este contexto, la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró necesario unificar su jurisprudencia al respecto, labor que efectuó a través de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2016²¹, específicamente en lo que atañe a los siguientes aspectos: (i) la prescripción de los derechos laborales reclamados²² y (ii) el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar²³.

Así, dicha Corporación fijó en síntesis las siguientes reglas jurisprudenciales:

18 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

19 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

20 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 8 de mayo de 2014. Expediente No. 2725-12. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

21 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

22 Dado que como quedó visto existían tesis encontradas en las salas de decisión de esa sección acerca del plazo prescriptivo, así como del momento a partir del cual debe ser contabilizado.

23 Asunto que no había sido delimitado en un fallo de unificación.

“i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de **tres años** contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

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

De otra parte, el citado fallo de unificación señaló que *“en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el*

servicio”. No obstante, en dicha providencia se olvidó establecer el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad.

Al respecto, en su aclaración de voto el consejero de Estado William Hernández Gómez consideró que para los efectos del requisito de continuidad es dable precisar que tal lapso encuentra referencia en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, el cual señala 15 días. Previsión que vale recordar, ya había sido tenida en cuenta por esa Corporación en sentencia del 23 de junio de 2016, siendo ponente el magistrado Luis Rafael Vergara Quintero²⁴.

Posteriormente, sobre el tema se dijo lo siguiente²⁵:

“Así las cosas, la línea jurisprudencial en materia de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, en los que se debate la existencia de una relación laboral regida en principio bajo la modalidad de contratos de prestación de servicio, no se ha encargado de definir o precisar el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro.

En ese orden, ha considerado la jurisprudencia para algunos casos que, en los eventos donde se presentan interrupciones contractuales en virtud del cual, queda cesante el contratista, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad siempre y cuando entre la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente haya transcurrido un término razonable, sin definir de manera concreta límite temporal alguno. En otra decisión, se estimó que la interrupción presentada no podía ser superior a 15 días²⁶”.

Bajo estas consideraciones, el despacho procederá a efectuar el examen probatorio correspondiente, en aras de resolver el asunto sometido a su juicio.

3.4 De la subordinación laboral como elemento esencial en la relación laboral y la coordinación o supervisión en las relaciones contractual estatales.

Para acreditar la existencia de una relación laboral, es obligatorio probar los tres elementos referidos en líneas anteriores, pero principalmente, que la persona desempeñe una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las

24 Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 680012333300020130017401 (0881-14). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

25 Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección B. Sentencia de 4 de mayo de 2017. Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

26 Ver sentencia de fecha 26 de junio de 2016, proferida por la Sección Segunda Subsección A, radicado No 68001-23-33-000-2013-00174-01(0881-14) en la cual, se sostuvo lo siguiente: «... No sucede lo mismo con los contratos 070 de 2005, 020 de 2006 y 029 de 2007, por cuanto entre la finalización de este último (8 de enero de 2008) y la celebración del siguiente, identificado con el No. 25 de 2008 (1 de febrero de 2008), hubo solución de continuidad por presentarse una interrupción del servicio superior a 15 días hábiles, circunstancia que implicaba que el actor dentro del término de prescripción trienal (hasta el 8 de enero de 2011) debía agotar la vía gubernativa para efectos de reclamar el reconocimiento de los derechos prestacionales generados de los contratos previamente citados y así evitar la prescripción trienal del derecho”. (Pie de página original del texto citado entre comillas).

actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Precisamente uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo es la *subordinación*, la cual se encuentra consagrada en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, quien faculta al empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cuanto a modo, tiempo y cantidad, entre otros aspectos que depende de la relación laboral.

De igual modo, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente respecto del concepto de subordinación:

“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos²⁷”.

En cuanto a la dirección y coordinación de los contratos de prestación de servicio como modalidad contractual estatal, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993²⁸, establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales²⁹.

Respecto del tópico de coordinación, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, en sentencia de 6 de mayo de 2015, Magistrado Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

“Se ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Igualmente, agregó que:

“Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento

27 Corte Constitucional. Sentencia C-386 del 5 de abril de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

28 Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

29 Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 10. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado...”

de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor.

El sub lite se encuadra dentro de tal circunstancia, pues entre el libelista y la entidad accionada hubo una relación de coordinación, que no permite configurar la existencia de una subordinación, y por tanto, no hay lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto una relación laboral, aun cuando los otros dos (2) elementos, prestación personal del servicio y remuneración si se hallan suficientemente probados en el expediente....” (Sentencia de la Subsección “B”, del 19 de febrero de 2004, Exp. No. 0099-03)

Igualmente El máximo Tribunal Contencioso Administrativo reiteró dicho criterio en sentencia de 31 de mayo de 2016³⁰: *“Así las cosas, la subordinación es determinante para diferenciar el contrato laboral del contrato de prestación de servicios, puesto que es la mencionada característica la que fija la independencia del contratista de la administración pública y que no genera el derecho a las prestaciones sociales”*.

3.5 Subordinación, el elemento medular del contrato realidad.

Tal y como lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado³¹, respecto a la subordinación, se ha entendido esta como la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, “todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado”

Específicamente, el órgano de cierre de lo contencioso administrativo, ha mantenido su postura en señalar, que si bien entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual puede incluir diferentes situaciones, que pueden ser un horario, recibir una serie de instrucciones de sus superiores, como también tener que reportar informes sobre las actividades encomendadas; sin embargo, aunque ello no significa, necesariamente, la configuración del elemento subordinación, como ítem propio del contrato realidad, pues, la subordinación se asemeja a la ausencia de independencia del contratista de la administración pública, aspecto que quien invoca el contrato realidad debe demostrar.

En conclusión para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciado.

30 Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”, Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

31 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 31 de 2016. Radicado 05001233300020130081301 (36872014)

3.6 Unificación jurisprudencial respecto del alcance de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión.

A través de sentencia de 2 de diciembre de 2013³², el Honorable Consejo de Estado unificó el alcance legal de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, en los siguientes términos:

“100.- En este sentido, y efectuando un análisis exclusivamente sobre los fundamentos legales expuestos, serán entonces contratos de “prestación de servicios profesionales” todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado”.

101.- Por consiguiente, el uso de esta concreta figura contractual queda supeditado a las necesidades a satisfacer por parte de la Administración Pública y la sujeción al principio de planeación; lo que encuentra su manifestación práctica en la elaboración de los estudios previos a la celebración del negocio jurídico, pues es allí donde deberán quedar motivadas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios profesionales.

“102.- Por otra parte, con estos mismos fundamentos se entiende entonces por contratos de “apoyo a la gestión” todos aquellos otros contratos de “prestación de servicios” que, compartiendo la misma conceptualización anterior, esto es, el desempeño de actividades identificables e intangibles, el legislador permite que sean celebrados por las entidades estatales pero cuya ejecución no requiere, en manera alguna, de acuerdo con las necesidades de la administración (previamente definidas en los procesos de planeación de la Entidad), de la presencia de personas profesionales o con conocimientos especializados, sean estas naturales o jurídicas.

103.- Se trata entonces de los demás contratos de prestación de servicios, caracterizados por no ser profesionales o especializados, permitidos por el artículo 32 No 3º de la Ley 80 de 1993, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte y de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc., según el caso, que tienda a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la correspondiente

32 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA- SUBSECCION C- Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de dos mil trece (2013), Radicación numero:11001-03-26-000-2011-00039-00(41719).

entidad, pero sin que sean necesarios o esenciales los conocimientos profesionales o especializados para su ejecución, los cuales, como se ha advertido, se reservan exclusivamente para el “contrato de prestación de servicios profesionales”, y no para éstos de simple “apoyo a la gestión”.

104.- De esta forma el concepto de “apoyo a la gestión” entraña un claro apoyo a la actividad de las entidades estatales que debe entenderse de conformidad con la sistemática expuesta a propósito del contrato de prestación de servicios y que de manera restrictiva tiene relación con la administración o el funcionamiento de la entidad estatal correspondiente, conforme a las prédicas y exigencias del artículo 32 No 3º de la Ley 80 de 1993, tal como claramente lo ha decantado los precedentes de la sección tercera del Consejo de Estado.

105.- El precedente de la Corporación determina que los contratos de apoyo a la gestión “... se enmarcan dentro de la definición genérica prevista en el ordinal 3º del artículo 32, por cuya virtud son contratos de este tipo “los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad,” los cuales, “sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados...”.

106.- Por lo que resultaría imposible admitir o entender cualquier objeto referido al “apoyo a la gestión” que no se enmarque en las exigencias de esa disposición legal enunciada, que por lo demás, sobra advertirlo, constituye un componente básico de la sistemática de la contratación estatal colombiana. Se reitera, entonces, por parte de la Sala que la motivación para la suscripción de este tipo específico de contrato dependerá de la motivación que surja en torno a las necesidades que la Administración Pública encuentra pertinente satisfacer, de conformidad con la planeación efectuada por la Entidad.

107.- Así las cosas, conviene, para mayor claridad expositiva, precisar que en el marco del contrato de simple prestación de servicios de apoyo a la gestión, las necesidades que pretenden ser satisfechas por la Administración no comprometen, en modo alguno las actividades que son propias de conocimientos profesionales o especializados; aun así, ello no excluye que dentro de esta categoría conceptual se enmarquen actividades de carácter técnico las cuales, requiriendo un despliegue intelectual, no recaen dentro del concepto de lo profesional, así como otras necesidades en donde, según las circunstancias, el objeto contractual demanda la ejecución de acciones preponderantemente físicas o mecánicas; es decir, se trata de una dualidad de actividades dentro del concepto “de simple apoyo a la gestión”; unas con acento intelectual y otras dominadas por ejecuciones físicas o mecánicas. Lo distintivo, en todo caso, es que no requiere que sean cumplidas con personal profesional.

108.- Por consiguiente, se advierte que la inclusión –en la norma demandada así como de manera concordante en el Decreto 734 de 2012 artículo 3.4.2.5.1 y Decreto 1510 de 2013, artículo 81 – de la frase “actividades operativas, logísticas o asistenciales” no impone, de manera inflexible, que este tipo de actividades deban ser acometidas por vía de alguno de estos dos tipos de contratos de prestación de servicios en específicos, pues, como se ha dicho, es la misma Administración Pública la que tiene una razonada discrecionalidad para estructurar en términos técnicos, económicos y jurídicos el contrato estatal que desea suscribir; de donde se deriva, grosso modo, que la definición del tipo contractual a celebrar correrá por cuenta de

las valoraciones ad-hoc que realice la Entidad, todo ello conforme al principio de planeación . f) Los contratos que tengan por objeto "...la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales..." con base en la causal de contratación directa del literal h) del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007.

109.- Antes de entrar a detallar los elementos normativos que estructuran este tipo especial de contrato de prestación de servicios la Sala, desde ya, advierte que acometerá dicha labor comoquiera que se hace necesario establecer criterios suficientemente claros, razonados y objetivos en torno al contrato de prestación de servicios, en general, y cada una de las especies que de éste se derivan; pues sólo de esta manera se logrará comprender de manera sistemática lo que constituye el objeto de la demanda de nulidad. Dicho esto, se abordará la materia concerniente al contrato de prestación de servicios que tiene por objeto la "ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales" tal como sigue.

110.- El segundo de los elementos normativos que el legislador ha considerado determinante para la configuración de la causal de contratación directa que ocupa la atención de la Sala, es el que se refiere a otra especie de contratos, que en esencia son de prestación de servicios, pero de un contenido prestacional diferente porque corresponden a una modalidad tipificada de negocios cuyo objeto es de por sí especialísimo ya que tienen por objeto la generación de patrimonio artístico para la entidad estatal o bien beneficiarla de manifestaciones artísticas, para cuyo efecto se encarga a personas que por sus características, dotes, capacidades o aptitudes resultan ser únicas o especiales en el arte que manejan y que en virtud de esta circunstancia se individualizan en el medio nacional o internacional, mediante el reconocimiento como verdaderos y únicos en las técnicas o el arte que desarrollan.

(...)

125.- Al respecto recuérdese, tal como se explicó en párrafos anteriores, que los contratos de "**prestación de servicios profesionales**" corresponden a todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales.

126.- Ahora bien, tratándose de los de simple apoyo a la gestión, es posible que también sea característico de ellos el desarrollo de actividad intelectual que se predica de la prestación de servicios, luego si la norma reglamentaria lo destaca, no está haciendo otra cosa que incorporar algo evidente de todo contrato de prestación de servicios, independientemente de su modalidad, cual es el de su intangibilidad, como consecuencia de un actividad inteligente del ser humano ejecutor del contrato o, tratándose de personas jurídicas, de quienes prestan el servicio en nombre y representación de las mismas.

127.- Conforme a lo anterior se tiene que aceptar, dada la intangibilidad de la prestación de servicios, que los de apoyo a la gestión también eventualmente puedan estar investidos de esta característica, piénsese por ejemplo en los contratos de esta especie referidos a actividades de carácter técnico que requiera una entidad estatal y que de una u otra forma implique actividad intelectual, aplicación de conocimientos, capacidad de razonamiento etc., como fundamento de la prestación; esto es, actividad ejecutada no por un profesional sino por un técnico.

129.- En conclusión, obsérvese que los contratos de prestación de servicios de simple “apoyo a la gestión” conforme se deduce del análisis de la Ley de contratación pública, son todos los demás contratos de prestación de servicios permitidos por el artículo 32 No. 3 de la Ley 80 de 1993 que no correspondan a los profesionales, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento, o soporte, de lo cual se puede deducir que caben tanto actividades con énfasis en lo intelectual, como también algunas otras caracterizadas por la acción material del contratista, en donde no es que el contratista no realice actividades de carácter intelectual (pues éstas son intrínsecas al ser humano), sino que lo predominante es el actuar como ejecutor, con el propósito y finalidad de satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la misma, por personas no profesionales y que no implican el ejercicio de funciones públicas administrativas, como ya se explicó en párrafos anteriores³³”.

Es claro entonces, que el contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión, es una especie del tipo contractual de prestación de servicios. Su objeto contractual busca desarrollar actividades identificables e intangibles; sin embargo, hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración, no demanden la presencia de personal profesional.

Igualmente, involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional. También pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación. Tales connotaciones, a su vez, en tratándose de un contrato estatal que vincula al contratista con el Estado, no impide que haga aparición la noción de contrato realidad, con ello que el interesado pueda probar la existencia de un contrato realidad.

4. De lo acreditado dentro del proceso

a) Dentro del expediente figura copia de la petición presentada por la parte actora de fecha 20 de noviembre de 2014, radicada ante la entidad demandada, por medio de la cual solicitó el pago y reconocimiento de todas las acreencias laborales derivadas de una relación laboral, folio 18-19 expediente digital.

³³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Rad. 2011-00039-00(41719), C. P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

b) Igualmente, funge la respuesta a la petición antes indicada, con radicado MDN-CGFM-CE-CEJEM-JEFAB-CELIC-DG de 09 de diciembre de 2014, por medio de la cual el Teniente Coronel del Liceos del Ejército negó el reconocimiento y pago del contrato realidad, manifestando que el actor estuvo vinculado en la institución a través de contratos de prestación de servicios, por tal razón señala que no se puede predicar que existió una relación laboral. folio 20 del expediente.

c) Del material probatorio se pudo observa que el demandante suscribió contratos de prestación de servicios con la entidad demandada, los cuales fueron relacionados en el certificado expedido por el coordinador de talento humano de los Liceos del Ejército, folio 17 expediente digital, así:

No. de Contrato	Fecha inicio	Fecha terminación
494	31/12/2009	31/08/2010
362 CELIC-2010	02/09/2010	15/12/2010
025 CELIC-2011	31/01/2011	30/12/2011
008 CELIC-2012	18/01/2012	18/12/2012
008 CELIC-2013	18/01/2013	21/12/2013

d) Igualmente, obran dentro del expediente los contratos celebrados por el señor Fernando Enrique Barrera Hernández, en donde se evidencia que las funciones como auxiliar contable eran las siguientes: “ *el contratista se compromete en desarrollar políticas, estrategias mecanismos programas relacionados, con las actividades de apoyos especializados en el área técnica, en auxiliar contable de la dirección Nacional de liceos del ejército en la ciudad de Bogotá y las demás actividades que se desprenden del objeto del contrato*”. Estas funciones se desprenden de los contratos No. 494 de 2009, No. 362 de 2010, No. 025 de 2011.

No obstante, para los contratos de prestación de servicios No. 008 de 2012 y No. 008 de 2013, folios del 4-14 del expediente, varió el objeto del contrato así: “*desarrollar políticas, estrategias, mecanismos, programas, relacionados con las actividades de apoyo especializados en el área técnica de asistencia precontractual en el área de talento humano en los liceos del Ejército en la ciudad de Bogotá y demás actividades que se desprenden del objeto del contrato*”.

e) Igualmente, se evidencia que mediante acto administrativo de 21 de enero de 2013, se le adjudicó al actor el proceso de contratación Directa No. 008/ 2013, cuyo objeto es la contratación de un docente en el área de analista de precontractual personal.

f) Certificación laboral del actor de fecha 24 de agosto de 2020, con radicado No. 1055, documento que obra en el expediente digital.

4.1 De los elementos configurativos del contrato realidad

Ahora bien, como lo que se debate en esta contienda es determinar si efectivamente existió una relación laboral entre la demandante y el extremo pasivo, se estudiarán por separado los tres elementos, haciendo hincapié en los apartes de los testimonios que son relevantes para probar los requisitos y seguidamente si se cumplió o no.

4.1.1 De la prestación personal del servicio

Del Testimonio de la señora Sandra Helena Gómez, quien era la abogada asesora del área jurídica del Liceos del Ejército, se extrajo que:

Preguntado. *Usted le pude indicar al despacho si usted y el señor Barrera trabajaban en la misma dependencia. Contestó.* bueno como lo dije antes a mí me contrataron para asesor en materia contractual y a Don Fernando que está en el oficina de personal por ser alguien que manejaba la parte contractual y precontractual de los docentes yo tenía que asesorarlo, no estábamos en la misma oficina pero por mi trabajo yo tenía y verificaba y me daba cuenta que él estaba en su puesto de trabajo pues tenía que asesorarlo o el me llamaba, doctora mire tengo aquí tal duda por favor me asesora, o sea no me la pasaba todo el tiempo laboral ahí , pero lo veía todo el día porque donde era mi oficina, para ir a mi oficina era un paso obligado, pasar por la oficina de Don Fernando.

Preguntado. *Usted conoce o sabe cuál es la profesión que tiene el señor Luis Fernando Barrera, por favor. Contestó.* Claro si señora él es administrador de empresas. **Preguntado.** *Usted sabe cuál es el cargo que él se encontraba desempeñando en personal. Contestó.* Claro si señora, él era el encargado de tramitar los procesos de los prestadores del servicio docente del Liceos de los liceos, además tenía a su cargo tramitar y llevar a fin los procesos, pero la verdad, pues el cargo, no, no recuerdo. **Preguntado.** *De qué manera prestaba el servicio el señor Fernando en el Ejército. Contestó.* Presencial, yo todos los días que estuvo mi contrato vigente todos los días nos encontrábamos con Don Fernando era de manera presencial.

Del testimonio del señor Juan Carlos Duran Saladen, quien era profesor del Liceo del Ejército se extrajo:

Preguntado. *Usted lo conoce a él por qué razón. Contestó.* yo trabajé en los Liceos del Ejército desde el 2012 hasta el 2013, trabajé como profesor del inglés, yo trabajaba con prestación de servicios entonces el proceso de contratación fue con Fernando, yo a él le entregaba los documentos, los soporte de la hoja de vida, y esas cosas, yo se las entregaba a Fernando también mes a mes yo tenía que, como era prestación de servicios, demostrar que estaba haciendo los aportes requeridos por ley y esos soportes yo se los entregaba a Fernando mes a mes es decir, yo demostraba que había hecho el pago de salud y pensión. **Preguntado.** *Usted sabe con quién trabajaba Fernando Barrera, cuando usted lo veía. Contestó.* No, yo solamente llegaba y hablaba con él, es decir, llegaba a la oficina él tenía su puesto entre dos personas más pero nunca hable con ellas, ni se ni nombres ni nada.

Preguntado. *Usted puede indicarle al Despacho si usted y el señor barrera trabajaban en la misma oficina en el mismo lugar. Contestó.* No, porque yo era profesor del Liceo Colombia y él era de la parte administrativa, yo era docente y él era

*administrativo, no compartíamos espacio de trabajo. **Preguntado.** Recuerda el periodo que el señor trabajo en el Ejército en el área administrativa. **Contestó.** Puedo dar fe que fue entre el 2012 y 2013 porque fue el periodo que yo trabajé para los Liceos del Ejército.*

De acuerdo con las pruebas aportadas, practicadas e incorporadas al expediente, se demostró que el actor prestó en forma personal sus servicios en desarrollo de los contratos suscritos con los Liceos del Ejército cuya relación quedó consignada en los testimonios decretados e interrogatorio de parte válidamente recepcionados en la audiencia de pruebas, en consideración, a que era él quien recibía la documentación para la contratación del personal docente, además se pudo constatar que tenía dentro de la entidad una oficina en la cual desarrollaba directamente sus actividades, que consistían en la recepción de la documentación del personal docente en provisionalidad para el trámite de contratación y pago.

De los testimonios se pudo colegir que el accionante desempeñó sus labores en las instalaciones de la institución, realizando actividades dentro de las oficinas de la entidad como auxiliar contable y luego en el área de contratación. Asimismo, como los contratos de prestación de servicios se realizaron *intuito personae*, dada la formación profesional del demandante, no hay duda de que la ejecución fue cumplida personalmente por este.

Además de ello, este aspecto no lo discuten las partes, por cuanto se pudo establecer que el actor siempre estuvo en su puesto de trabajo más aún cuando era el quien reciba la documentación del personal docente.

4.1.2 De la Remuneración

Del Testimonio de la señora Sandra Helena Gómez, quien era la abogada asesora del área jurídica del Liceos del Ejército, se extrajo que:

*“**Preguntado.** Tiene conocimiento de cuál era el salario que el señor demandante recibía. **Contestó.** No, señora no sé. **Preguntado.** Sabe dónde le era consignado el salario o remuneración. **Contestó.** Pues en la cuenta de ahorros de él, en su cuenta bancaria a todos nos consignan en nuestra cuenta”.*

De la certificación que obra dentro del expediente digital, se observa que el actor recibió como contra prestación del último contrato No. 008, la suma de un millón cuatrocientos sesenta y un mil pesos (1.461.000.00).

Igualmente, sobre este aspecto, la testigo coincidió en que los pagos se realizaban de manera mensual a la cuenta de ahorros del actor; aunado a lo anterior de los contratos suscritos por el señor Fernando Enrique Barrera, se logró evidenciar que recibió por cada contrato el pago de un salario, además esto no fue discutido por la parte demandada, razón por la cual se encuentra que no hay lugar a duda que el

accionante percibía como contraprestación de sus servicios unos honorarios pactados en los respectivos contratos suscritos con los Liceos del Ejército. De lo anterior, se puede concluir la concurrencia del segundo elemento de la relación laboral.

4.1.3. De la subordinación

Del Testimonio de la señora Sandra Helena Gómez, se extrajo que:

Preguntado. Indíqueme al Despacho si la prestación del servicio por cuenta del señor Fernando Barrera se realizaba todos los días. **Contestó.** A bueno sí señor, como manifesté por mi oficio, tenía que asistir todos los días, y me encontraba con Don Fernando todos los días de lunes a viernes, en horario de 8 a 5 de la tarde eso sí, la parte contractual es muy esclavizante y pues ambos nos encontrábamos y teníamos que laborar todo el día en ese tema. **Preguntado.** Usted le revisaba el trabajo al demandante, en qué consistía ese trabajo. **Contestó.** Claro si señor dentro del proceso contractual se deben elaborar documentos antes de la contratación uno de los documentos se denomina estudio previo y la solicitud de oferta a los profesores, ese documentos llamado estudio previo era el que yo le tenía que revisar a él, como dije era una carga laboral muy alta y pues el compromiso y la dedicación laboral era total. **Preguntado.** Usted sabe si el señor Barrera recibía órdenes de alguien de los liceos del Ejército. **Contestó.** claro nosotros como prestadores de un servicio tenemos un jefe inmediato y el ordenador del gasto que es quien firma nuestros contratos en esa época el jefe inmediato de Don Fernando era un señor Capitán García y en este momento no me acuerdo del nombre era el jefe de la sección. **Preguntado.** Usted ahorita manifestó que el señor Fernando tenía un jefe inmediato que era el capitán García, el capitán García, usted no tenía, como le digo, contacto con él, que no recuerda el nombre. **Contestó.** Claro si señora, nos saludábamos él también tenía, si él tenía una pregunta relacionada con el objeto contractual, claro que interactuábamos, si señora, el por ser el jefe de la sección me preguntaba aspectos, legales de los procesos contractuales y yo lo atendía, en la medida que se podía si señora, **Preguntado.** Pero no se acuerda el nombre. **Contestó.** No señora, como a ellos los cambian tanto. **Preguntado.** y ese señor capitán era el jefe del área. **Contestó.** el jefe del área, como lo explique anteriormente, nosotros tenemos un jefe inmediato, que es el jefe de la sección en este caso, el jefe era el capitán García el jefe de la sección de personal y allá estaba don Fernando, él era el jefe inmediato de Don Fernando, y teníamos el jefe el ordenador del gasto, que era el Coronel Fernández que era quien nos firmaba nuestros, contratos. **Preguntado.** Quien le daba órdenes o directrices al señor Fernando. **Contestó.** El jefe del área el capitán García. **Preguntado.** y usted escuchó en alguna ocasión que usted estuviera presente que clase de ordenes o si le daba ordenes al señor Fernando por parte del capitán García. **Contestó.** Ahh si eran ordenes relacionadas con su trabajo, don Fernando haga estudio previo, necesito estos documentos, necesito 15 estudios previos para hoy ordenes meramente laborales, relacionadas con el trabajo que el realizaba. **Preguntado.** Usted conoce cuál era el objeto contractual del señor Fernando. **Contestó.** Pues si de manera genérica él debía estar pendiente de la elaboración de los documentos previos a la elaboración de contratación que como le dije que era estudio previo, documentos que ellos debían aportar según el perfil profesional de cada docente, además no solo la parte pre contractual, sino cuando ya firmaban el contrato él era el encargado de recibir los documentos, él era el encargado de llamar a los docentes de decirles oiga falta estos documentos para el pago.... **Preguntado.** Esas órdenes que él recibía por parte del capitán García eran

específicas sobre el cargo o eran generales. **Contestó.** Específicas, por ejemplo hoy hay 15 docentes necesito que elabore los estudios previos, necesito que le expida la documentación, necesito que corrobore si la documentación que aportan está acorde con el perfil que se requiere. Preguntado, y esas órdenes ya no las sabía el señor Fernando, con el tiempo que el llevaba allá. Contestó. ahh claro, no, no doctora era si había algo extraordinario o urgente pues el como jefe tenía que decirle venga Don Fernando apúrele recuerde que tal cosa, recuerde que me tiene que pasar esto, no don Fernando hacia su trabajo de forma muy responsable, sino que el jefe ejerciendo su labor de jefe lo hostigaba como decimos en el Ejército. **Preguntado.** Él podía delegar las funciones en otra persona o él tenía que realizarla directamente. **Contestó.** Por qué a él lo contrataron para eso, para los estudios previos, estar pendiente que los docentes llevaran los documentos para pago cada mes. **Preguntado.** Él tenía autonomía para realizar la labor por la cual fue contratado. **Contestó.** Pues debía seguir instrucciones, o sea el no podía mandarse solo, porque para eso tenía un jefe entonces el jefe era el que le decía mira esta este listado para contratar de docentes entonces me hace el favor de hacer los estudios previos, contacte a la persona que traiga los documentos. **Preguntado.** De eso que el hacía debía rendirle un informe al capitán García o el solo recolectaba todo, organizaba carpetas las dejaban listas, o el capitán le revisaba lo que él hacía. **Contestó.** Bueno era implícito doctora, porque cuando el capitán le daba la orden que fuera pues el como responsable que es con su trabajo el organizaba las carpetas y claro el jefe tenía que darle una revisión previa antes de pasarla a la firma del ordenador del gasto.

Del testimonio del señor Juan Carlos Duran Saladen, quien era profesor del Liceo de Cervantes y del cual se extrajo:

Preguntado. Sabe usted si el señor Barrera tenía un jefe directo de parte de los Liceos del Ejército. **Contestó.** En la oficina donde él estaba él era la única persona que no estaba de uniforme, tenía dos personas más a los lados que si tenían uniforme, y había una oficina dentro de esa misma oficina que sé que ahí estaba el jefe de él, pero no me se el nombre, no interactuaba con el realmente solo interactuaba con Fernando en la oficina. **Preguntado.** Recuerda con exactitud que horario tenía el señor Fernando. **Contestó.** si yo tenía que salir del Liceo Colombia y llegar a la parte administrativa yo sé que lo podía encontrar hasta después de las 12 y media, hasta 4 4:30 o hasta las 5 lo podía encontrar. **Preguntado.** Cada cuanto iba usted a la oficina del señor Fernando. **Contestó.** Mínimo una vez al mes para entregar los soportes. Preguntado. o sea que usted no sabe si él iba todos los días a trabajar allá. **Contestó.** No puedo dar fe de eso, no puedo decir que él todo el día estaba ahí. **Preguntado.** Usted tuvo conocimiento si en algún momento le hicieron al señor Fernando un llamado de atención por parte de sus jefes. **Contestó.** No.

Del interrogatorio de parte se extrajo:

Preguntado. Sírvase decirle al despacho el lugar donde usted trabajo y el cargo que desempeño. **Contestó.** El lugar donde yo laboré fue la dirección general de los Ejércitos en la oficina de personal durante los tres últimos años y en el cargo de analista precontractual por prestación de servicios. **Preguntado.** En qué periodo trabajó usted en el Ejército. **Contestó.** Desde la primera semana de enero de 2010, hasta el 21 de diciembre de 2013. **Preguntado.** Usted realizaba las labores contratadas directamente o lo hacía a través de interpuesta persona. **Contestó.** No yo lo hacía directamente. **Preguntado.** Usted podía delegar sus funciones. **Contestó.** Yo tenía un cubículo asignado, en la oficina de personal había tres oficinas, una era la

del coordinador de personal que era un teniente o un capitán en su defecto, una sargento o una persona que era, una secretaria que era la encargada de manejar todo lo de personal nombrado y yo que era el encargado de manejar toda la parte de prestación de servicios, de los 9 liceos entonces ese era mi trabajo realmente.

Preguntado. Usted tenía un jefe directo. **Contestó.** si el jefe directo mío pues era el capitán, el jefe de personal, el coordinador de personal. **Preguntado.** como se llamaba ese coordinador. **Contestó.** Pues tuve varios porque como a ellos los cambian cada rato entonces el primero jefe que yo tuve fue el teniente duran, el capitán Pirela y el último jefe mío fue el capitán García. **Preguntado.** Qué tipo de órdenes le daban ellos. **Contestó.** pues las ordenes que ellos me daba eran referentes a los procesos que se tenían que hacer allá como era el proceso de selección, la convocatoria que se tenía que hacer allá, ese proceso comenzaba como ahorita en octubre, y en octubre empezábamos a hacer toda la gestión de requerimiento de docentes porque eran los colegios los que solicitaban que docentes se necesitaban el próximo año y yo era la persona que tenía que hacer la convocatoria en computrabajo, citarlos a ellos a los docentes que se postularan, para que ellos vinieran a la oficina yo les hacía el digamos una preselección y los mandaba a la oficina de psicología allá la hacían sus pruebas psicológicas y la oficina de coordinación y académicas allá les hacían las pruebas de conocimiento, una vez estas dos oficinas me entregaban el reporte de que la persona era apta para desempeñar el cargo, entonces yo en ese momento empezaba a solicitarles los documentos, para todo el proceso de contratación, entonces pues los diplomas, la cédula, las certificaciones laborales. **Preguntado.** sí, pero yo me refería a las órdenes que usted recibía de sus jefes, o sea era una labor de que ellos le daba órdenes para hacer todo o usted tenía autonomía, para hacer su trabajo le explico, de repente en el objeto contractual se establecía, cuáles eran las funciones que usted iba a realizar, y si usted esas funciones usted se organizaba bueno yo voy a hacer esto, de esta manera, o solo usted hacía lo que sus jefes le decían que tenía que hacer. **Contestó.** si había órdenes a veces del Coronel de la mayor que se necesita tan información, necesito un informe para el general o para el coordinador, los informes de presupuesto porque a mí me asignaban una información para cuadrar el presupuesto para el año siguiente de acuerdo a lo que el Ministerio de Hacienda asignara, entonces basado en eso yo hacía lo que me asignaran se lo pasaba al coronel o al general para que ellos autorizaran ese presupuesto. **Preguntado.** Usted tenía que asistir a diario a su puesto de trabajo o lo hacía en la semana en varios días o una vez a la semana, como era su labor. **Contestó.** No yo asistía todos los días de lunes a viernes inclusive había sábados que de pronto nos tocaba ir por una situación que se necesitara. **Preguntado.** Cuando usted se iba a ausentar se su cargo, de su puesto de trabajo, que debía hacer para ello. **Contestó.** No, yo le comunicaba al teniente que hoy no podía ir o tenía que ir más tarde porque tenía una cita médica o alguna situación especial, pero era primero al teniente o al capitán. **Preguntado.** Pero le daba ese permiso verbalmente por escrito como era. **Contestó.** No verbalmente. **Preguntado.** O sea, usted le pedía el permiso verbalmente, y ellos le decían o solo usted le comunicaba doctor o comandante el cargo que tuviera, mañana no voy a asistir porque tengo una cita médica y ya no pasaba nada. **Contestó.** No yo le informaba el día anterior, mañana no puedo asistir por tal situación, él decía a bueno listo no hay ningún problema. **Preguntado** las órdenes que usted recibía de parte de su jefe como eran, como se las daban. **Contestó.** Habían ocasiones en las que llegaban oficios, digamos de la dirección general o del comando Ejército y entonces me decían Fernando hay que tramitar esto, Fernando hay que tramitar este otro documento, entonces yo me ponía y tramitaba eso, o cuando habían solicitudes de paz y salvos de docentes que era algún paz y salvo o certificación pues generalmente llegaban a donde el capitán y solicitando el paz y salvo y el me los pasaba a mí para que yo los hiciera. **Preguntado.** y esas funciones no estaban dentro de su objeto contractual, esas

*funciones. **Contestó.** Pues había ocasiones en las cuales no estaban dentro del objeto contractual pues no estaba dentro del objeto contractual hacer los paz y salvo y las funciones inherentes al cargo. **Preguntado.** Usted sabe si en la planta de personal había una persona que desempeñara el mismo cargo que usted que hiciera las mismas funciones, **Contestó.** no pues en la Dirección de los Liceos no había otra persona que hiciera eso, por eso fue que me lo asignaron a mí. **Preguntado.** Sabe si ese cargo fue sometido a concurso para nombramiento en propiedad. No nunca fue sacado a concurso. **Preguntado.** Usted sabía si algún empleado de plata cumplía funciones similares a la suya o semejante **Contestó.** No, pues la sargento y los que estaban ahí hacían funciones muy similares, pero era solo con personal nombrado y personal del Ejército... y yo manejaba solo prestación de servicios*

- **De los testimonios.**

La primera testigo señaló que trabajó en el área contractual del Liceos del Ejército, en donde una de sus funciones consistía en revisarle al actor los estudios previos que este elaboraba antes de proceder con la contratación del personal docente de la entidad; sin embargo, señaló que ella no verificaba todas las funciones que le eran encomendadas al demandante, puesto que su función iba dirigida a orientar el área contractual de la entidad. En otras palabras, indicó que una de sus funciones dentro de la entidad, consistía en verificar si los citados documentos cumplían con los requisitos legales para su procedencia, mas no revisaba toda la labor que realizaba el actor.

Además expresó que el actor sabía cuáles eran sus funciones y como las debía cumplir, por lo que ocasionalmente el jefe lo hostigaba para que desempeñara las funciones para las cuales fue contratado.

Respecto de sí dentro de la planta de personal existían funcionarios que ejercieran las mismas funciones del actor, argumentó que no habían, toda vez, que cuando son contratados- bajo la modalidad de OPS- estos deben ir presididos de una constancia que señala que no puede existir personal de planta que ejerzan las mismas funciones para las cuales están siendo contratados; por lo tanto se puede establecer que dentro de la entidad el único que realizaba las funciones de analista de personal fue el señor Fernando Barrera.

Por último, la testigo indicó que el Jefe inmediato le decía al señor Barrera lo que debía hacer respecto de ciertas labores pero no de todo el trabajo en general; por lo que esta Judicatura no pudo establecer con exactitud el elemento de la subordinación.

Se puede concluir que no se evidenció que al actor le impartieron órdenes, como tampoco que su trabajo estuviere precedido de ellas, como tampoco la existencia de personal de planta que realizara las funciones encomendadas a este.

Del segundo testimonio recepcionado en la audiencia de pruebas se pudo establecer que solo se veía con él una vez al mes, además no compartían circunstancias de modo, tiempo y lugar, por cuanto el testigo era profesor del Liceos del Ejército y solo se dirigía a la oficina del actor cuando necesitaba algún trámite; es decir, que sus encuentros eran ocasionales. Por lo tanto, de este testimonio no se pudo establecer la ocurrencia del elemento de la *subordinación*.

- **Del interrogatorio de parte.**

De la declaración de parte recepcionada el día de la audiencia de pruebas, se pudo establecer que el actor tenía un coordinador o jefe de área, sin embargo, no se puede determinar con exactitud qué clase de órdenes le daba éste, o si eran directrices y/o protocolos que debía cumplir el señor Fernando Enrique Barrera para el buen funcionamiento de la entidad.

Además, era el único que desarrollaba las funciones de analista de personal en la entidad, no existiendo empleados de planta como tampoco de prestación de servicios que las realizara, es decir, que solamente él era el encargado del análisis de personal docente de los Liceos del Ejército.

De lo narrado por el demandante no se pudo colegir si recibía órdenes respecto de las funciones para las cuales fue contratado, o si le daban directrices o un acompañamiento previo en cuanto a los documentos que debía solicitar a cada uno de los docentes que trabajaban para la entidad demandada; sumado a que expresó que cuando se iba a ausentar de su lugar de trabajo solo informaba al jefe de área más no pedía permiso.

Adicionalmente no fue allegada al expediente prueba alguna que permita establecer que al demandante se le impartieron órdenes para el cumplimiento de la labor, tampoco se allegaron memorandos, llamados de atención por escrito o cualquier otro elemento que permita determinar que el actor estaba obligado a cumplir con las instrucciones u órdenes impartidas por los funcionarios del Liceos del Ejército.

En consecuencia, no puede evidenciarse que entre los extremos de la litis de esta contienda existió una relación de subordinación continuada, elemento imprescindible para declarar la existencia de la relación laboral.

Sumado a lo anterior, del informe de gestiones o actividades para el contrato **No. 008/CELIC/2013 M.D.N de 21 de enero de 2013**³⁴, se evidencia que las actividades desarrolladas por el actor, corresponden a las descritas en el citado contrato, que para mayor claridad se ilustran así:

³⁴ Ver folio 43 expediente digital, antecedentes administrativos.

Actividades realizadas durante el periodo informado	Objeto contractual – obligaciones contractuales
Recepción de documentos, cuentas de cobro del mes de marzo de docentes y personal administrativo para pago de honorarios correspondiente	OBJETO CONTRACTUAL. Desarrollar políticas, estrategias, mecanismo, programas relacionados con las actividades de apoyo especializados en el área técnica de asistencia precontractual en la oficina de Talento Humano en los liceos del Ejército en la ciudad de Bogotá y las demás actividades que se desprenden del objeto del contrato-
Verificación de cada una de las cuentas (229) con sus respectivos soportes, como son actas de recibo a satisfacción, factura, informe de actividades, planilla de pago de parafiscales.	
Impresión de soportes de pago de los docentes que envían por correo electrónico la planilla de pago de parafiscales.	
Recolección de firmas de cada una de las cuentas, para su trámite en la división de presupuesto.	
Selección de la hoja de vida de docentes que enviaron al correo su aspiración al cargo, y llamadas para iniciar proceso de selección.	

Así mismo, al ser cotejadas con las descritas por el demandante en su interrogatorio de parte coinciden, en otras palabras, el señor Fernando Enrique Barrera Hernández ejecutó a cabalidad las funciones para las cuales fue contratado.

Se debe tener en cuenta que las diferencias sustanciales que existen entre el **contrato de prestación de servicios** y el **contrato de trabajo**, radican en el entendido que bajo la primera modalidad no se pueden adelantar labores permanentes que hacen parte del objeto misional de la entidad, y que el elemento que marca la diferencia entre estos dos tipos de relaciones jurídicas es la subordinación.

Por esto, es importante señalar que las labores desempeñadas por el actor no hacen parte del objeto misional de la entidad³⁵, toda vez, que el mismo va encaminado a

³⁵ Misión: Proporcionar educación formal e integral a los hijos de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y Civiles del Ejército Nacional en actividad y en retiro, acorde a la legislación y a las disposiciones establecidas por el Ministerio de Educación Nacional, con sujeción administrativa y fiscal del Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, en busca de alta calidad y de excelencia educativa a partir de los principios, valores y énfasis de los Liceos que le permitan a los niños, niñas y adolescentes enfrentar con éxito

la enseñanza y educación de los hijos de los miembros del Ejército Nacional y el actor solo desempeñaba labores administrativas enfocadas al análisis de los documentos para contratación de docentes en provisionalidad.

Además, se puede evidenciar que dentro del personal de planta no había nadie que ejerciera las mismas funciones del actor, teniendo en cuenta que en los estudios de conveniencia y oportunidad³⁶ para contratar los servicios del demandante se señaló: “ *para adelantar el presente proceso de contratación directa, se debe certificar por el Jefe de Desarrollo Humano, que para la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, no se cuenta en la planta con personal suficiente, de conformidad con lo previsto en el Decreto 2209 de 1998*”, situación que se corrobora con el interrogatorio de parte cuando el actor manifestó que él era el único que desempeñaba esa labor, aunado al hecho que también lo manifestó la testigo en su declaración.

Adicionalmente, y según lo estableció la citada sentencia de Unificación³⁷, *"Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración pago y, 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 corresponden 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**".*

Al compás de lo anterior, el Consejo de Estado en un pronunciamiento de la sección segunda³⁸, sostuvo: "(...) el denominado "contrato realidad" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, *proprios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones*, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades

las exigencias de una sociedad competitiva. <http://www.liceosejercito.edu.co/index.php/men-inicio/misionyvisionliceos>

36 Página 15 expediente digital. Documentos soporte liceos

37 Sentencia de Unificación Sección Segunda Consejo de Estado, del 25 de Agosto de 2016. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Rad. N°: 2013-00260-01

38 Sentencia del Consejo de Estado del 2012 C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. N° 81001-2333-000-2012-00020-01(0316- 14)

de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales".

Así las cosas, de la valoración que se hace de las pruebas obrantes en el plenario, no se desprende que la labor desarrollada por el demandante debía ser ejecutada de manera subordinada, fundamentalmente, cuando no se prueba que la actividad estuviere precedida de órdenes permanentes o continuas por parte del contratante, es decir, en su labor en el área precontractual, de manera que el hecho de que se sometieran a ciertas condiciones, estas eran necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, tal como lo señalaron los testimonios, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, al coordinador del área, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación y así lo ha sostenido el Consejo de Estado en la jurisprudencia antes señalada.

Tal y como se requiere para el ejercicio de las funciones desempeñadas por el señor Fernando Enrique Barrera, las cuales necesitan de ciertas instrucciones, ello no implica para esta Judicatura, que dichas situaciones ameriten o pueden entenderse como un acto de **subordinación**, puesto que la jurisprudencia ha señalado que este tipo de pautas están orientadas a una relación de coordinación de las diferentes actividades a cargo del contratista, pues éstas deben hacer parte de la sistemática que constituye el objeto general de la Entidad contratante.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la **prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración** como contraprestación del mismo.

Dentro del anterior contexto y tal como se analizó, el demandante acreditó la *prestación personal del servicio* y la *remuneración*; sin embargo no logró comprobar la *subordinación* laboral con los Liceos del Ejército, toda vez, como ya se ha mencionado se trató de actividades coordinadas para la adecuada prestación del servicio en el área contractual de docentes, verificación de documentos, pagos y paz y salvos.

No se logró demostrar, que la prestación del servicio se ejerció con subordinación, ya que el solo argumento de cumplir un horario definido, no tiene la entidad suficiente para desnaturalizar el contrato de prestación de servicios.

Debe anotarse además que, conforme lo ha señalado el Honorable Consejo de Estado, "la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un

horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación³⁹.

Por consiguiente, tal como se expuso en el acápite normativo y jurisprudencial de la presente sentencia una cosa es la relación de coordinación que debe existir entre el contratista y la entidad a través del supervisor o interventor del contrato, y otra muy distinta es la relación de subordinación o dependencia que la entidad imponga al contratista de modo que afecte la autonomía e independencia que este debe tener durante la ejecución del contrato.

Ahora bien, si en gracia de discusión fuera factible acceder a las pretensiones de la demanda, el Despacho observa que los contratos suscritos entre el demandante y los Liceos del Ejército, no son continuos, es decir, que entre uno y otros contratos existieron interrupciones de más de un mes, lo que indica que no hubo permanencia entre los mismos.

Puesto que de lo probado en el proceso la parte actora inició su relación contractual a partir del **31 de diciembre de 2009** y mantuvo su vínculo con los Liceos del Ejército con sendos contratos de prestación de servicios que se renovaron hasta el **21 de diciembre de 2013**, por lo tanto de acuerdo con la sentencia de unificación antes transcrita se debe analizar el vínculo y si operó o no el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que el actor presentó reclamación ante la entidad demandada el **20 de noviembre de 2014**, lo que permite inferir al despacho que el primer contrato, esto es, el 494 de 2009 se encuentra prescrito, teniendo en cuenta que el mismo tuvo fin el 31 de agosto de 2010, respecto del segundo el 362 de 2010, también se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción teniendo en cuenta que finalizó el 15 de diciembre de 2010, aun cuando la vinculación de actor fue discontinua, ya que existió una interrupción entre uno y otros contratos⁴⁰.

En los anteriores términos, encuentra esta judicatura que de la valoración probatoria realizada a cada uno de los testimonios y de las pruebas documentales allegas al expediente, no se acreditó el elemento subordinación como presupuesto necesario para que se configure una relación laboral, razón por la cual, habrá de negarse las pretensiones de la demanda. El Despacho advierte que la subordinación constituye el elemento principal -y sine qua non- para demostrar la existencia de una relación de naturaleza laboral.

39 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 19 de abril de 2012. Expediente con radicación interna 0179-10. C.P Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez

⁴⁰ Se advierte además que, en algunos casos, dichos contratos se renovaban sin que hubiera solución de continuidad, es decir, sin que transcurriera una interrupción superior a 15 días, pero en otros casos si se evidenció por parte del despacho que hubo solución de continuidad por transcurrir un lapso superior a 15 días entre la finalización de un contrato y la celebración del siguiente. Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección B. Sentencia de 4 de mayo de 2017. Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

5.0 Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018⁴¹, tenemos que:

“a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” –CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Despacho que no se observó ninguna actitud temeraria por parte del extremo activo, aunado a que las actuaciones adelantadas por la accionante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas la parte motiva de presente providencia.

⁴¹ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones indicadas en esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

Esta sentencia quedó notificada en estrado a las partes presentes y las ausentes, de acuerdo con el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO

Juez

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy **3 de diciembre de 2020** a las 8:00 a.m. Hoy se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.