



JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Segunda
Carrera 57 N° 43-91, CAN. Edificio Aydeé Anzola Linares, Piso 4º
Correo electrónico: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Micrositio: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-16-administrativo-de-bogota>

Bogotá D.C., siete (7) de Octubre de dos mil veintidós (2022)

Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	JOHN ALEXANDER ROJAS DÍAZ
Demandado:	BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL
Radicación:	11001-33-35-016-2019-00322-00
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Tema:	Contrato realidad

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 que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179, 182 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación,

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones¹: El señor **JOHN ALEXANDER ROJAS DIAZ** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL**, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad de los actos administrativos; **radicado S2019034588 del 12 de abril de 2019**, por medio del cual negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de las acreencias laborales, y **radicado S2019041990 del 8 de mayo de 2019**, por medio del cual se resolvió el recurso de reposición y se negó la existencia de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales.

2.2. Hechos: Tal como lo señaló en la demanda los hechos en síntesis son los siguientes:

2.2.1. Manifiesta el demandante que laboró como notificador de las comisarias de familia de Bogotá, desde el 18 de diciembre de 2009 hasta el 5 de febrero de 2019

¹ Folios 2, 3 y del archivo 1 del expediente digital.

contratado por la Secretaría Distrital de Integración Social a través de múltiples contratos de prestación de servicios.

2.2.2. Señaló que los contratos de prestación de servicios fueron aparentes ya que, el demandante nunca tuvo autonomía, ni independencia en la ejecución de sus labores pues había subordinación jurídica.

2.2.3. Sostuvo que, cuando se desempeñó como notificador estuvo subordinado al jefe inmediato quien era el comisario de familia, quien impartía las órdenes cotidianas de cómo debía cumplir sus labores, la forma de notificación, la imposición de términos para notificar, el rendimiento de informes, el cumplimiento de una jornada de trabajo de lunes a viernes de 7 de la mañana a 4 de la tarde.

2.2.4. Alegó el horario de trabajo que debía cumplir en el cargo de Auxiliar de Enfermería en la Subred Sur era de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., sábados de 7:00 a.m. a 2:00 p.m. y si tocaba jornadas de vacunación era sábados y domingos todo el día.

2.2.5. Arguye que, durante el termino laborado no las prestaciones sociales y demás emolumentos de carácter laboral como; cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios, bono de productividad, auxilio de alimentación, auxilio de transporte.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda los siguientes artículos de la Constitución: preámbulo, 1, 2, 4, 25, 29, 53 y 125. De rango legal: Ley 80 de 1993, Ley 244 de 1995, Ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996, Ley 1437 de 2011, Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, Ley 1150 de 2007, Ley 1098 de 2006, Decreto 1950 de 1973, Decreto 2351 de 2014, Decreto 1582 de 1998, Decreto 225 de 2016, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1919 de 2002, Decreto 1045 de 1978, Acuerdo Distrital 23 de 1990, Acuerdo Distrital 229 de 2006, Acuerdo Distrital 054 de 2001, Acuerdo Distrital 10 de 1995, Acuerdo Distrital 276 de 2007, Decreto Distrital 320 de 1995.

En síntesis, adujo que cuando los contratos de prestación de servicios encubren una realidad laboral, se le dará prevalencia a la realidad, es decir, al vínculo laboral, con todos los efectos respectivos que ello conlleva, lo que precisamente ocurre en el presente caso, ya que el demandante trabajó como notificador de Comisarias de Familia al

servicio de la Secretaría de Integración Social desde el 18 de diciembre de 2009 hasta el 5 de febrero de 2019, ejecutándose conforme a los hechos, la naturaleza de las funciones, y la continuidad de las labores por 10 años de un contrato de trabajo.

Añade que a pesar de que el vínculo jurídico estuvo regido por los sucesivos de prestación de servicios, la realidad es que se configuraron los elementos propios de un vínculo laboral, es decir, la prestación de los servicios de manera personal y exclusiva para la Secretaría Distrital de Integración Social,, el seguimiento de ordenes y cumplimiento de horario, realizando una laboral misional propia de la entidad pública como lo es la de atender a las víctimas de violencia intrafamiliar, y el pago de una contraprestación salarial con plena ausencia de autonomía e independencia que caracteriza a un verdadero contratista.

2.4. Actuación procesal: Conforme se observa en el expediente electrónico, la demanda se presentó el 30 de julio de 2019²; a través de providencia del 18 de octubre de 2019 se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia³; asimismo, el 20 de mayo de 2021, fue notificada en debida forma mediante correo electrónico a la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁴.

En el término de traslado de la demanda, la Secretaría Distrital de Integración Social, dio contestación a la misma, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte demandante⁵.

Posteriormente, mediante constancia secretarial y conforme lo establecido en los artículos 175, numeral 2 de la Ley 1437 de 2011 y 110 del Código General del Proceso, se corrió traslado de las excepciones propuestas por la entidad demandada, frente a las cuales la parte demandante se pronunció en el término de Ley⁶.

A continuación, el Juzgado llevó a cabo la audiencia inicial el 26 de noviembre de 2021, en la cual se agotaron las etapas de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación, medidas cautelares y culminó con el decreto de las pruebas solicitadas por las partes⁷.

² Archivo 3 del expediente digital.

³ Archivo 4 ibidem.

⁴ Archivo 25 ibidem.

⁵ Archivo 27 ibidem.

⁶ Archivos 30 y 31 ibidem.

⁷ Archivo 44 ibidem.

Posteriormente, el 16 de febrero de 2022 se realizó audiencia de pruebas en la que efectivamente se incorporaron las pruebas documentales allegadas por la entidad demandada, y se practicaron los testimonios y el interrogatorio solicitado⁸.

Finalmente, en la misma diligencia se les dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión de forma escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011, los cuales fueron manifestados por ambos extremos procesales en el término de Ley.

2.5. SINOPSIS DE LA RESPUESTA A LA DEMANDA.

2.5.1. Secretaría Distrital de Integración Social⁹. La entidad demandada, por conducto de apoderado judicial, contestó en término la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de esta aduciendo que entre la Secretaría Distrital de Integración Social y el demandante se suscribieron varios contratos de prestación de servicios, en virtud de los cuales el demandante ejecutó el objeto contractual de manera independiente y autónoma.

Añade que, el contrato de prestación de servicios celebrado por la hoy demandante con la administración en modo alguno se torna ilegal como pretende el demandante, ya que el mismo está debidamente consagrado en la Ley 80 de 1993.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.6.1. Alegatos de conclusión de la parte demandante¹⁰: Presentó sus alegatos de conclusión dentro del término de Ley a través de escrito enviado al correo electrónico del Despacho en la cual ratificó los hechos y pretensiones planteados en la demanda.

En síntesis, afirma que, el demandante cumplió sus funciones como notificador personal para la Secretaría Distrital de Integración Social durante el periodo de tiempo comprendido del 18 de diciembre de 2009 hasta el 5 de enero de 2019, bajo los elementos del contrato de trabajo, es decir, de manera personal, subordinada y prolongada en el tiempo.

⁸ Archivo 52 del expediente digital.

⁹ Archivo 27 ibidem.

¹⁰ Archivo 53 ibidem.

2.6.2. Secretaría Distrital de Integración Social¹¹. Presentó sus alegatos de conclusión a través de memorial allegado al correo electrónico del Juzgado en la cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitando que se nieguen las pretensiones del demandante.

2.6.4. Concepto del Ministerio Público y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado: El delegado del Ministerio Público y el representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se abstuvieron 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 inicial¹².

Se debe determinar si hay lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos; S2019034588 del 12 de abril de 2019 por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales, y S2019041990 del 8 de mayo de 2019 por medio del cual la entidad demandada resolvió el recurso de reposición contra el acto administrativo anterior.

Como consecuencia de lo anterior y previa declaratoria del contrato realidad, se debe establecer si la parte actora tiene derecho a que la entidad demandada le pague las cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de junio y vacaciones y todas las prestaciones que se deriven de la vinculación que existió entre las partes mientras duró la ejecución de los contratos de prestación de servicios.

Así mismo, si le asiste el derecho a que se ordene a la entidad demanda a restituir los aportes realizados por este al sistema de seguridad social en salud y pensión, como también al pago indexado de todos los conceptos señalados.

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

¹¹ Archivo 54 del expediente digital.

¹² Ver acta audiencia inicial, folios 3 y 4 del archivo 44 del expediente digital.

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. NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO.

3.2.1. 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 con el ordenamiento jurídico y según las especificidades propias de las circunstancias, las cuales desde el punto de vista ordinario son: legal y reglamentaria (empleado 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 Constitucional¹³ y el H. Consejo de Estado¹⁴, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales.

En efecto, el contrato de prestación de servicios 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.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-154/1997.

¹⁴ Consejo de Estado, sección segunda, subsección “B”, sentencia del 25 de marzo de 2010, Exp. 1131-09.

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.

3.2.2. Antecedentes jurisprudenciales del contrato realidad¹⁵.

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 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del 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 ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente¹⁶.

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 Bustamante¹⁷, 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.

¹⁵ 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).

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97.

¹⁷ Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00027-01(245-03).

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 subordinación¹⁸.

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 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

¹⁸ Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039.

que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados¹⁹.

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 suscrito²⁰.

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*”²¹, 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.

3.2.3. 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

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección “A”. Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. Sentencia del 31 de julio de 2008. Sentencia del 14 de agosto de 2008.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Radicado No. 3074-2005.

²¹ La carga de la prueba incumbe al actor.

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 extintivo²².

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 años²³.

Y seguidamente el Consejo de Estado determinó que el plazo razonable en el que se debe peticionar 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 C.P.A.C.A., en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados²⁴.

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 2016²⁵, específicamente en lo que atañe a los siguientes aspectos: (i) la prescripción de los derechos laborales reclamados²⁶ y (ii) el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar²⁷.

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

“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

²² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06.

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 8 de mayo de 2014. Expediente No. 2725-12.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ Asunto que no había sido delimitado en un fallo de unificación.

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 C.P.A.C.A.).

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 Quintero²⁸.

Posteriormente, sobre el tema se dijo lo siguiente²⁹:

“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

²⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 680012333300020130017401 (0881-14).

²⁹ 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).

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 trascurrido 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 días³⁰”.

Finalmente, en la última Sentencia de unificación de la sección segunda, el Consejo de Estado³¹, zanjó el tema de la no solución de continuidad y estableció la siguiente regla:

“(...) establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.”

De acuerdo con el precedente judicial, el término para solución de continuidad tendrá que ser, inicialmente, superior a 30 días hábiles.

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

³⁰ 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).

³¹ Sentencia del 9 de agosto de 2021, Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01.

3.2.4. 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 esta manera, que las 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 económicos³²”.

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 1993³³, establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales³⁴.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-386 del 5 de abril de 2000.

³³ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

³⁴ Artículo 14°.- 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: 1o. 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,

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 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 lo reiteró en sentencia de 31 de mayo de 2016³⁵:

“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

introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado...”

³⁵ Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”.

que fija la independencia del contratista de la administración pública y que no genera el derecho a las prestaciones sociales”.

3.2.5. Subordinación, el elemento medular del contrato realidad.

Tal y como lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado³⁶, 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 Alto Tribunal 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.

4. Caso concreto. 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 las declaraciones que son relevantes para probar los requisitos y seguidamente si se cumplió o no con cada uno de ellos.

4.2. De lo acreditado dentro del proceso.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 31 de 2016. Radicado 05001233300020130081301 (36872014)

a) Reclamación administrativa de fecha **9 de abril de 2019**, radicada ante la **Secretaría Distrital de Integración Social**, por medio de la cual la parte actora solicitó el pago y reconocimiento de todas las acreencias laborales derivadas de una relación laboral³⁷.

b) Respuesta a la petición antes indicada, mediante el **Oficio S2019034588 del 12 de abril de 2019** por medio del cual la subdirectora de contratación de la **Secretaría Distrital de Integración Social** negó el reconocimiento y pago solicitado por la parte actora³⁸.

c) Oficio radicado E2019019655 por medio del cual la parte demandante interpuso recurso de reposición en contra de la respuesta expedida a través de **Oficio S2019034588 del 12 de abril de 2019**³⁹.

d) **Oficio S2019041990 del 8 de mayo de 2019** a través del cual la subdirectora de contratación de la **Secretaría Distrital de Integración Social** resuelve el recurso de reposición interpuesto⁴⁰.

c) A partir del **18 de diciembre de 2009 y hasta el 5 de febrero de 2019**, el señor **John Alexander Rojas Diaz** suscribió distintos contratos de prestación de servicios con la Secretaría Distrital de Integración Social, los cuales fueron aportados por las partes y se resumen en las certificación expedida por la subdirectora de contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social, que obra a folios 40 al 43 del archivo 60 del expediente digital, de las cuales se extrajo la duración de cada uno de estos y el valor pactado por concepto de honorarios.

En cuanto a los periodos de contratación, quedó establecido que el demandante laboró para la Secretaría Distrital de Integración Social, con fundamento en los siguientes contratos de prestación de servicio, como notificador, así:

Contrato N°	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Valores honorarios (\$)
2009-4151	18 de diciembre de 2009	17 de enero de 2010	1.190.250
2010-1138	1 de febrero de 2010	31 de enero de 2011	13.747.470
2011-1430	10 de febrero de 2011	9 de abril de 2012	14.997.240

³⁷ Folios 1 – 4 del archivo 2 del expediente digital.
³⁸ Folios 6 - 7 del archivo 2 del expediente digital.
³⁹ Folios 9 - 12 del archivo 2 del expediente digital.
⁴⁰ Folios 13 - 18 del archivo 2 del expediente digital.

2011-1007	13 de abril de 2011	29 de junio de 2012	23.473.800
2012-4878	28 de agosto de 2012	27 de febrero de 2013	8.059.200
2013-513	28 de febrero de 2013	27 de febrero de 2014	25.024.800
2014-808	3 de marzo de 2014	2 de marzo de 2015	25.650.000
2015-3728	4 de marzo de 2015	3 de febrero de 2016	24.222.000
2016-2686	8 de febrero de 2016	20 de enero de 2017	24.222.000
2017-568	26 de enero de 2017	25 de noviembre de 2017	22.900.000
2017-8706	1 de diciembre de 2017	30 de junio de 2018	16.030.000
2018-5102	6 de julio de 2018	5 de febrero de 2019	16.506.000

Los anteriores contratos figuran como parte del expediente digital y en ellos se describen las funciones que cumplía la parte demandante.

- **De la prestación personal del servicio.**

De las pruebas documentales que reposan en el plenario, de los testimonios y del interrogatorio de parte recaudado al señor **John Rojas Diaz** se extrae que el demandante ingresó a prestar sus servicios como **notificador** en la Secretaría Distrital de Integración Social, desde el **18 de diciembre de 2009 hasta el 5 de febrero de 2019** y sus funciones las desempeñaba de manera personal, en consecuencia, no podía realizar delegaciones de sus funciones en otros funcionarios o contratistas que prestaran sus servicios en dicha entidad.

- **De la Remuneración.**

Sobre este aspecto los testimonios y el interrogatorio coincidieron en que la entidad pagaba los honorarios al demandante de forma habitual por la realización de sus labores. De otra parte y como se indicó en el literal c) de pruebas de esta sentencia, reposa una certificación expedida por la subdirectora de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social⁴¹, en la que se verifica que la entidad le fijó al demandante una retribución mensual por los servicios prestados como notificador.

Así las cosas, este elemento tampoco fue discutido por la entidad demandada, por lo que no existe duda que el actor percibía como contraprestación de sus servicios unos honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, lo que

⁴¹ Folios 40 a 43 del archivo 60 del expediente digital.

permite concluir la concurrencia del segundo elemento del contrato de trabajo, es decir, la remuneración.

- **De la subordinación.**

Siguiendo este hilo conductor, el presente requisito es el que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral, según lo indicado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

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.

En el caso *sub exánime*, bastaría para condenar el reconocimiento de la relación laboral tener como pruebas las funciones desarrolladas por el demandante en la Secretaría Distrital de Integración Social como **notificador**, las cuales cumplió de manera reiterada e ininterrumpida por varios años y que son de la naturaleza misma de la entidad. Sin embargo, el Despacho también pone de presente que de los testimonios rendidos por los señores **Danilo Ramírez Gutiérrez** y **Cristian González Fontecha**, y el interrogatorio de parte del señor **John Alexander Rojas Díaz** se evidencian elementos que hacen concluir al despacho que, durante toda la relación laboral de la demandante con la entidad, efectivamente existió subordinación.

Así, el señor **Danilo Ramírez**, afirmó que era compañero de trabajo junto con el demandante teniendo las mismas funciones de notificador, realizando visitas personales a las diferentes entidades del distrito a llevar notificaciones que le ordenaran los comisarios de familia. Añadió que, todos los notificadores tenían que llegar a la comisaria a cumplir un horario que era supervisado por los comisarios quienes eran su jefe inmediato. Indicó que habían empleados notificadores de planta, provisionales y por contrato de prestación de servicios que hacían iguales funciones, y que se reunían en las capacitaciones.

Por su parte, el señor **Cristian González** en su declaración dijo que era compañero de trabajo del demandante desde el año 2015, y que a pesar de estar nombrado de planta en provisionalidad realizaba las mismas funciones de notificador del demandante, tales como; notificar fallos, medidas de protección, derechos de peticiones, recoger

documentos de los juzgados y de nivel central. Afirmó que, todos los notificadores recibían capacitaciones sobre la forma correcta de hacer las notificaciones y que todos estaban sometidos a un horario de trabajo.

Finalmente, del interrogatorio realizado por el juzgado al señor **John Alexander Rojas Diaz** de conformidad con lo establecido en el artículo 198 del código general del proceso, valorado este en comunidad con las demás pruebas que reposan en el expediente se desprende que; el actor tenía funciones de notificador en las comisarías asignadas, recibiendo órdenes de los comisarios de familia quien fungía como jefe, rindiéndole cuentas sobre las labores hechas a diario, dejándose plasmado en los libros de notificación. También tenía que cumplir un horario y el incumplimiento generaba llamados de atención.

Entonces, al confrontar los testimonios y el interrogatorio que obran como prueba dentro del expediente, junto con las pruebas documentales aportadas, se pudo constatar que, en el caso concreto, está plenamente demostrada la subordinación por cuanto la demandante debía:

- (i) Cumplir un horario de trabajo supervisado por el comisario de familia, y el incumplimiento de este le generaba llamados de atención tal y como se puede corroborar en los *memorandos* que reposan a folios 25 y 26 del archivo 2 del expediente digital, lo que coincide con los testimonios y el interrogatorio rendido.
- (ii) Durante la ejecución de la jornada de trabajo estaba bajo las órdenes y directrices de los comisarios de familia quienes eran su jefe inmediato. Por incumplir las órdenes de dicho funcionario se le solicitaba informes o se le hacían llamados de atención propios de una relación laboral subordinada, como prueba de ello se vislumbra prueba en el folio 24 del archivo 2 del expediente digital.
- (iii) El actor, cumplía las mismas funciones de los empleados de planta, y en las mismas condiciones de subordinación, recibiendo capacitaciones.
- (iv) El demandante no podía delegar sus funciones, ni tampoco tenía autonomía en el desarrollo de sus labores, pues todo el tiempo recibía órdenes de los jefes, y estaba sometido a las directrices internas.

Por otro lado, verificado **el manual específico de funciones y competencias laborales adoptado por la Secretaría Distrital de Integración Social**, mediante **resolución 1680 del 29 de octubre de 2015**, se observa que en la planta de personal existe el cargo de notificador u homologable (Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 09) el cual está precisamente adscrito a las comisarías de familia⁴². Al contrastar alguna de las funciones establecidas en dicho manual con las relacionadas en la certificación de la subdirectora de Contratación⁴³ vemos que son similares y/o relacionadas. A manera enunciativa encontramos las siguientes:

MANUAL DE FUNCIONES	FUNCIONES CONTRACTUALES
Propósito del empleo: realizar actividades de apoyo administrativo y efectuar notificaciones, radicación, distribución y archivo de correspondencia y documentos preparados y recibidos, conforme a los estándares de calidad y eficiencia en la gestión administrativa del área de desempeño.	Objeto contractual: Prestación de servicios como notificador/a en los procesos de atención a los ciudadanos/as que acceden a la justicia familiar en las comisarías de familia.
1. Efectuar notificaciones personales o por aviso derivadas de las medidas de urgencia, preventivas o correctivas por maltrato infantil y violencia intrafamiliar, de conformidad con las instrucciones que imparta el jefe inmediato.	1. Notificar de manera oportuna y respetuosa a los/as de la comisaria de familia, donde haya sido asignado, las citaciones, autos y fallos en cumplimiento de las normas de procedimientos vigentes en el marco de las competencias de las comisarias de familia, garantizando la veracidad de la información.
2. Elaborar oficios, informes, documentos y memorandos en general asignados por el área para dar respuesta a las solicitudes internas y externas de competencia de la entidad y bajo la normatividad que aplique a cada tema.	2. Elaborar los informes de las notificaciones realizadas teniendo en cuenta las formalidades previstas en la ley y en los términos legales establecidos.

Igualmente, cotejado con los testimonios y el interrogatorio de parte recibidos el día de la audiencia de pruebas, se desprende que, si bien, no se describieron de maneras exacta las funciones como están establecidas en los diferentes contratos y el manual de funciones citado, si fueron claras en señalar que el demandante realizaba labores propias de un notificador, así como funciones inherentes a esta actividad.

⁴² Ver folios 982 y 983 del archivo 60 del expediente digital.

⁴³ Archivo 29 del expediente digital.

En este orden de ideas, también quedó probado que en la Secretaría Distrital de Integración Social existen cargos de **notificador de planta** que tienen las mismas funciones que ostentaba el demandante, tal como quedo descrito en el cuadro comparativo por tanto, este en su condición de contratista cumplía las mismas funciones que un notificador de planta de la entidad cumpliendo de forma permanente y personal las actividades en las comisarías de familia asignadas, para las cuales por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, menos aún si se tiene en cuenta que la vinculación del demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perduró durante casi 10 años, desde el 2009 al 2019, tal como quedó probado con los contratos celebrados entre el actor y la entidad demandada.

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de “la primacía de la realidad sobre formalidades”, pues es indudable que la parte demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleados de planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, aspectos que demuestran que el actor estaba sujeto a subordinación y dependencia.

Ahora bien, es importante aclarar que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha señalado que la figura del contrato realidad, se aplica cuando se logra probar la continua prestación de los servicios personales remunerados, “propios 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 de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales

Para esta Judicatura es claro que la continuidad en la prestación de los servicios de notificador del señor **JOHN ROJAS DIAZ** le brinda un carácter de permanente, de lo que se puede colegir que sus servicios no eran propios de un contrato de prestación de servicios sino de una relación laboral entre las partes.

La excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que permite la celebración de contratos de prestación de servicios no autoriza que las entidades del Estado a través de esta modalidad de vinculación desconozcan el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a

cargo de los empleadores, máxime cuando la relación laboral entre las partes se extendió por más de 9 años.

Empero, es importante precisar que como se indicó en el acápite de normas y precedente jurisprudencial aplicable, el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir al demandante la condición de empleado público, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado, sino que la misma se adquiere en las formas establecidas en la ley para ello (mediante concurso de méritos para acceder a la carrera administrativa, en provisionalidad, entre otras formas contempladas en la ley para tal fin).

Como consecuencia de lo anterior, se declarará la nulidad de los actos administrativos; S2019034588 del 12 de abril de 2019 y S2019041990 del 8 de mayo de 2019, en cuanto negaron la existencia de una relación laboral entre ese establecimiento público y el demandante, desde el **18 de diciembre de 2009 hasta el 5 de febrero de 2019**.

4.3. De pago de las prestaciones sociales en el contrato realidad.

Adicional a lo anterior, la jurisprudencia del máximo Tribunal Contencioso Administrativo ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones⁴⁴, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

De conformidad con lo planteado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, en los casos de los contratos de prestación de servicios que ocultan una relación laboral respecto al pago de prestaciones sociales son procedentes siempre y cuando no opere la prescripción extintiva, como se pasa a estudiar.

4.4. De la prescripción

El Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación⁴⁵ citada, estableció de manera específica la regla jurisprudencial respecto a la cual, quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, exija el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039.

⁴⁵ C.E, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de (3) tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

Para tal efecto, se retoma la tesis según la cual deberá evaluarse la continuidad en la ejecución de los contratos a fin de determinar en qué periodos esta se pierde para con ello evaluar si sobre ciertos periodos ha operado el fenómeno de la prescripción por la no reclamación de los derechos laborales en el término de tres años. **En consecuencia, se entenderá que aquella continuidad se pierde cuando ha transcurrido más de treinta (30) días hábiles entre un periodo y otro de ejecución contractual, según la regla fijada en la última Sentencia de unificación de la sección segunda, el Consejo de Estado**⁴⁶.

Según lo probado en el proceso la parte actora inició su relación contractual a partir del **18 de diciembre de 2009** y mantuvo su vínculo con la Secretaría Distrital de Integración Social con sendos contratos de prestación de servicios que se renovaron hasta el **5 de febrero de 2019**, por lo tanto, y de acuerdo con la sentencia de unificación antes transcrita se debe analizar el vínculo y establecer si operó o no el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que el señor **John Rojas Diaz** presentó reclamación ante la entidad demandada el **9 de abril de 2019**⁴⁷.

A pesar de que la vinculación de la actora fue discontinua, ya que existieron unas pequeñas interrupciones entre algunos contratos, estas no superaron los treinta (30) días hábiles para generar solución de continuidad, tal y como lo estableció el Consejo de Estado en la regla antes mencionada.

Así las cosas, por haberse presentado la petición dentro del término de 3 años previsto en los artículos 41 del Decreto 3135/68 y 102 del Decreto 1848/69 y conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado antes citada a partir de la terminación del último contrato, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por un auxiliar de enfermería o de algún cargo que ejerza funciones equivalentes o similares de la planta de la entidad **tomando como base para liquidación de las mismas los honorarios mensuales pactados en cada contrato**, por el periodo comprendido entre el **18 de diciembre de 2009 y hasta el 5 de febrero de 2019** fecha en que terminó el último contrato, salvo los periodos de interrupciones.

⁴⁶ Sentencia del 9 de agosto de 2021, Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01.

⁴⁷ Ver folios 1 al 4 del archivo 02 del expediente digital.

En cuanto a las cotizaciones destinadas a pensión es procedente ordenar a la entidad demandada tener en cuenta para efectos pensionales el tiempo comprendido entre el **18 de diciembre de 2009 y hasta el 5 de febrero de 2019**, salvo los periodos de interrupciones.

En cuanto a la devolución de los aportes de los pagos que hubiere efectuado la demandante al sistema de seguridad social en pensiones se deberá tener en cuenta la regla jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, es decir:

“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...”

En ese sentido solo tendrá derecho a la devolución de los aportes que excedan el 4% del 16% que se debe cotizar al sistema por el siguiente lapso: **18 de diciembre de 2009 y hasta el 5 de febrero de 2019**, si hubiere lugar a ello, **teniendo como IBC los honorarios mensuales pactados en cada contrato**. De igual manera, la entidad demandada deberá devolver a la demandante por concepto de seguridad social en salud la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora.

La liquidación de aportes para pensión se deberá efectuar mes a mes y de existir diferencias entre los aportes realizados por el demandante en calidad de contratista y los que se debieron efectuar, la Secretaría Distrital deberá realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión en la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora esto es el 12% y a la demandante le corresponde aportar el 4%, de existir diferencias en los aportes que se debieron efectuar la demandada deberá trasladar a las entidades de seguridad social a la cual cotiza el demandante.

Para lo anterior, se deberán acreditar las cotizaciones realizadas al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

4.5. De la indemnización por mora en el pago de las cesantías y demás prestaciones sociales.

Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las cesantías y demás prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías, empero en acatamiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando se declara la existencia de una relación laboral, dicha prestación tan solo se reconoce con la sentencia, la cual es constitutiva del derecho, por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario; en tales condiciones no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada, ha sostenido el Consejo de Estado⁴⁸.

Bajo el anterior argumento también se negará el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales y de las cesantías, máxime cuando tales indemnizaciones están previstas en normas que regulan las relaciones laborales de trabajadores del sector privado (ley 50/90 y Ley 244/95).

4.6. De la devolución de los dineros causados y pagados por concepto de retención en la fuente.

Teniendo en cuenta lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado respecto a la pretensión de devolución de sumas pagadas por concepto de Retención en la Fuente, este despacho no ordenará la devolución de los valores alegados por este concepto ni se pronunciará respecto a su viabilidad toda vez que dicha pretensión desborda los límites impuestos por competencia. En consecuencia, no es procedente ordenar la devolución de la retención en la fuente, al no tratarse de un asunto laboral, sino tributario.

4.7. Del Restablecimiento del derecho.

Conforme a las reglas jurisprudenciales fijadas en la pluricitada sentencia de unificación proferida por la sección segunda del Consejo de Estado⁴⁹: (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

⁴⁸ Consejo de Estado en la sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente No. 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación de Jurisprudencia, radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

proceden a título de restablecimiento del derecho (ii) **el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.**

Conforme a lo expuesto, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Secretaría Distrital de Integración Social lo siguiente:

- i) Pagar al señor **John Rojas Diaz** las correspondientes prestaciones sociales (**liquidadas con base en los honorarios pactados mensualmente en cada contrato**), durante el periodo comprendido entre el **18 de diciembre de 2009 y hasta el 5 de febrero de 2019.**
- ii) Para el pago de aportes a seguridad social en pensión se adoptará el criterio establecido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de agosto de 2016.

En consecuencia, la entidad demandada deberá tomar, durante los citados periodos, comprendidos entre el **18 de diciembre de 2009 y hasta el 5 de febrero de 2019**, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante como ya se indicó, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleadora.

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

- iii) Se declarará que el tiempo laborado como notificador, bajo la modalidad de contratos y órdenes de prestación de servicios con la Secretaría Distrital de Integración Social, durante el periodo comprendido entre el **18 de diciembre de 2009 y hasta el 5 de febrero de 2019**, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de prestaciones sociales y aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por

el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = \frac{Rh \text{ índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

4.8. Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018⁵⁰, 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” – C.P.A.C.A.-

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 C.G.P.

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 C.G.P., 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)

⁵⁰ 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)

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 el demandante 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: DECLARAR que entre el señor **JOHN ALEXANDER ROJAS DIAZ**, identificado con cédula de ciudadanía número 80.201.387 y la **ALCALDÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL** se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante el periodo comprendido entre el **18 de diciembre de 2009 al 5 de febrero de 2019**, fecha en que terminó el último contrato, con ocasión de la ejecución de los contratos de prestación de servicios celebrados y ejecutados, de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **se declara nulos los actos administrativos; radicado S2019034588 del 12 de abril de 2019**, por medio del cual negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de las acreencias laborales, y **radicado S2019041990 del 8 de mayo de 2019**, por medio del cual se resolvió el recurso de reposición y se negó la existencia de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la **ALCALDÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL** a que reconozca y pague en forma indexada al señor **JOHN ALEXANDER ROJAS DIAZ**, las prestaciones salariales y sociales y demás emolumentos legales dejados de pagar, equivalentes a los que corresponda al cargo de notificador o del cargo que ejerza funciones similares o equivalentes de la planta de personal de la entidad, **las cuales deben ser liquidadas con el valor de los honorarios mensuales pactados en cada contrato**, por el periodo comprendido entre el **18 de diciembre de 2009 al 5 de febrero de 2019**, (salvo sus interrupciones) por las razones indicadas en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: De la misma manera se **CONDENA** a la **ALCALDÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL**, a que reconozca y pague en forma indexada al señor **JOHN ALEXANDER ROJAS DIAZ**, los aportes **pensionales** correspondientes al periodo entre el **18 de diciembre de 2009 al 5 de febrero de 2019**, teniendo en cuenta para calcular el ingreso base de cotización (IBC) el valor de los honorarios mensuales pactados en cada contrato, mes a mes, y de existir diferencias entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como entidad empleadora. Así mismo el demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

QUINTO: La entidad condenada debe pagar a la parte demandante los valores correspondientes de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula consignada en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: Se REQUIERE a la entidad condenada que una vez se encuentre en firme esta providencia al momento de cumplir la sentencia y hacer el respectivo pago se le consigne directamente a la cuenta del demandante y **no se realice dicho pago** a través de depósito judicial en la cuenta del juzgado.

NOVENO: La entidad dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

DECIMO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2, del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

UNDÉCIMO: 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.

Téngase en cuenta para efectos de notificar a las partes los correos electrónicos:
Johan.ardila.espinel@hmail.com; notificacionesjudiciales@sdis.gov.co;
faberlg7@hotmail.com; lmonteriob@sdis.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS

JUEZ

JPP

Firmado Por:
Blanca Liliana Poveda Cabezas
Juez
Juzgado Administrativo
016
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **261276263e94d79ef9357dbe0e6e0fc4b34dfb45818faa1c168d6e80258614cf**

Documento generado en 07/10/2022 04:06:42 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>