



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2020-00287-00
Demandante:	MAURICIO GARCÍA ARBOLEDA
Demandado:	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA
Asunto:	SENTENCIA

El señor **MAURICIO GARCÍA ARBOLEDA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 79.232.042, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

Las pretensiones fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 9 de noviembre de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

1.2. HECHOS.

Para sustentar las pretensiones la parte demandante alude a los siguientes hechos:

1.1.1 La entidad demandada contrató al actor, a través del uso indebido de la figura de contrato de prestación de servicios por el periodo comprendido entre el 28 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2018; sin embargo, la relación que sostuvo con la entidad fue de carácter laboral

y no contractual.

1.1.2 El demandante ejecutó su labor en el área de servicio al Cliente de la Agencia Pública de Empleo, sin que hubiese recibido pago alguno por concepto de prestaciones sociales y como remuneración por la labor desempeñada percibió por el último contrato una asignación mensual de \$2.460.395,00 pesos m/cte.

1.1.3 Durante la relación contractual al demandante se le exigió la prestación personal del servicio de manera continua y el SENA le pagó las cantidades pactadas en los contratos de manera mensual, previa exigencia de contar con las afiliaciones al sistema de seguridad social. Igualmente, fue sometido a subordinación dado que debía ceñirse a reglamentos y funciones predeterminadas dentro de la entidad y debía cumplir horario, además tenía asignados elementos de trabajo de propiedad del contratante y no contó con autonomía para el desarrollo del objeto contractual.

1.1.4 Mediante escrito del 30 de agosto de 2019, el actor le solicitó a la entidad demandada la declaración de la existencia de la relación laboral y el pago de las prestación laborales y sociales.

1.1.5 A través del Oficio No. 25-2-2019-031915 del 9 de septiembre de 2019, la entidad demandada se pronunció sobre la petición anterior, señalando que la vinculación contractual no es ilegal, razón por la cual no era dable acceder a lo deprecado.

1.1.6 Por medio del Oficio No. 11-2-2019-080176 del 11 de septiembre de 2019, la entidad demandada nuevamente se pronuncia frente a lo peticionando, indicando que no puede predicarse la configuración de una relación laboral por la ausencia de los elementos de subordinación, prestación directa el servicio y el pago de un salario; amén, que existe una restricción del funcionario para realizar el nombramiento, por el límite propio de sus competencias y facultades.

II. NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima desconocidas las siguientes

normas:

2.1 Constitucionales: Artículos 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128.

2.2 Legales: Artículos 10 Código Civil; 19, 36 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 80 de 1993 (numeral 3).

2.3 Decretos: 1042 de 1978, 1750 de 2003 y 4171 de 2014.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los cuales se ocupó de citar.

Sostuvo que la Constitución Política de 1991, otorgó especial protección al trabajo reconociendo su existencia como valor y como derecho, cuya protección la confió directamente al Estado, consagrando los derechos mínimos y las garantías de los trabajadores y disponiendo que el legislador debe asegurar que estos no sean disminuidos ni afectados. Así mismo, estatuyó que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad ni los derechos de los trabajadores.

Indicó que la administración abusó de su competencia al ocultar una relación laboral y, en consecuencia, los actos administrativos cuya nulidad se deprecia en la presente controversia transgreden las normas de orden superior al desestimar de plano y sin fundamento constitucional, el pago de todas las prestaciones laborales y sociales a las que le asistía derecho a devengar.

Afirmó que el actor trabajó permanentemente en el SENA por el periodo comprendido entre los años 2010 y 2018, mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios; sin embargo, las actividades desempeñadas cumplen con los presupuestos de una relación laboral, de conformidad con lo señalado por el H. Consejo de Estado en la sentencia de Unificación CE-SU-005-16, dado que concurren los tres elementos de la relación laboral, como son la prestación personal del servicio, la

subordinación y la remuneración como contraprestación de la labor prestada.

Manifestó que el demandante se desempeñó en el área de Servicio al Cliente de la Agencia Pública de Empleo, de modo que, las funciones que ejecutó estaban encaminadas a cumplir con el objeto social del SENA y este realizaba los pagos de la seguridad social de forma mensual desde el año 2010 hasta el año 2018, como requisito indispensable para que dicha entidad procediera con la cancelación de sus honorarios.

Aludió a que la entidad demandada le suministró al actor recursos físicos para el adecuado desarrollo de sus funciones, las cuales ejerció con dependencia de un superior jerárquico, bajo los parámetros que le impartía según los reglamentos, manuales y metodologías.

Precisó que pese a la exigencia legal orientada a que los contratos de prestación de servicios deben ser de carácter excepcional y temporal, la relación que existió entre las partes inmersas en la litis se prolongó en el tiempo, fue permanente, continua e ininterrumpida.

Señaló que en el caso de autos se encuentra acreditada la mala fe de la entidad demandada, por el hecho de ocultar una verdadera relación laboral, bajo la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, dado que infringe los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre la materia.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **3 de marzo de 2021**, allegado vía correo electrónico, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Señaló que el demandante fue vinculado para la atención de usuarios en la Agencia Pública de Empleo, por un determinado número de horas y dada la naturaleza del contrato debía existir una concertación frente al momento, la forma y el lugar donde se iban a desarrollar las actividades

contenidas en los contratos de prestación de servicios, los cuales fueron suscritos entre las partes bajo el amparo de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Adujo que 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 la concertación de un horario, con el objeto que el aula esté disponible y que los aprendices acudan cumplidamente a la misma y el hecho de reportar informes sobre los avances de la gestión, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Refirió que debe entenderse que, por la naturaleza del contrato de prestación de servicio, debe existir una supervisión o interventoría para constatar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes intervinientes y ello no conlleva una necesaria y obligatoria subordinación o dependencia, máxime si son contratos de tracto sucesivo en los que permanentemente se debe inspeccionar la labor realizada por el contratista y precisamente verificar que la misión de la entidad, respecto a la formación integral del aprendiz se esté cumpliendo.

Indicó que frente a la cláusula de no relación laboral plasmada en los contratos de prestación de servicios, existen pronunciamientos del H. Consejo de Estado donde se señala que, si bien la actividad del contratista puede ser igual o similar a la de un empleado de planta, lo cierto es que ello puede obedecer a que este personal no es suficiente para colmar las aspiraciones del servicio público, situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad, de forma que, al darse dicha modalidad, resulta obvio que debe someterse a las pautas de esta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades.

Afirmó que sería absurdo que contratistas encargados de actividades que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita, razón por la cual, surge la coordinación de actividades.

Manifestó que la vinculación que tuvo el demandante con la entidad surgió

por la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se ejecutaron por el tiempo estrictamente necesario, de forma que, no tuvieron continuidad y cuya tipología, definición y naturaleza se encuentran definidos en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Sostuvo que los artículos 4 y 5 de la norma citada anteriormente, contienen deberes recíprocos a cargo de las partes que suscriben los contratos y, por lo tanto, los contratistas quedan supeditados al cumplimiento idóneo de las obligaciones contraídas, pues su finalidad se circunscribe a satisfacer una determinada necesidad de la entidad, como ocurre en el caso de marras, debido a que se debía cubrir la oferta de servicios de formación profesional y aprendizaje ofrecidos a los colombianos. Luego, no se puede asegurar que, si el contratista recibió instrucciones, tal hecho constituya subordinación o intromisión en la autonomía que gozaba al desarrollar el objeto contratado, pues simplemente con ello el SENA asegura la calidad y resultados deseados en la contratación acorde con sus derechos como contratante.

Explicó la diferencia entre sueldo o salario como remuneración del servicio en una relación laboral, concluyendo que por definición y origen difieren del concepto de honorarios por prestación de servicios.

Aludió a que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables, en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales y solicitó que en el caso bajo estudio se apliquen las sentencias proferidas por el H. Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que se ocupó de citar.

De otro lado, propuso las siguientes excepciones:

3.1 Ausencia de los presupuestos básicos para la prosperidad de las pretensiones: Preciso que no es viable que se instaure una acción contenciosa vinculando al SENA, con el propósito de declarar la existencia de una relación laboral, puesto que la solicitud fáctica planteada por el

actor carece de evidencia, siquiera indiciaria, que permita hacer inferir una relación laboral.

3.2 Pago total de las obligaciones emanadas de los diversos contratos de prestaciones de servicios celebrados con el señor Mauricio Garcia Arboleda por parte del SENA: Señaló que durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios celebrados, al actor le pagaron los honorarios pactados, una vez verificado el cumplimiento de las obligaciones contraídas, tal como obra en las actas de liquidación.

3.3 Inexistencia de la obligación: Adujo que no es posible el reconocimiento deprecado en la demanda, en razón a que el vínculo que mantuvo el demandante con la entidad demandada fue netamente contractual, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, en donde se expresa con toda claridad que tales contratos no generan relación laboral, como tampoco prestaciones sociales.

3.4 Cobro de lo no debido: Refirió que entre los extremos procesales no existió relación laboral, razón por la cual, la entidad demandada no adeuda suma alguna al actor, aunado al hecho de la inexistencia de solidaridad.

3.5 Ausencia de relación laboral: Indicó que las partes dejaron constancia expresa en cada uno de los contratos que se daría aplicación al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes y complementarias, declarando de manera libre y expresa que no conllevaría a la existencia de relación laboral, ni al pago de prestaciones sociales y que su desarrollo se ejecutaría sin subordinación alguna.

3.6 Prescripción extintiva del derecho en el contrato realidad: Afirmó que, si bien el H. Consejo de Estado unificó el criterio respecto de la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, lo cierto es que en el caso que en esa oportunidad se sometió a estudio solo se analizó la situación fáctica de aquellas personas que suscribieron contratos de prestación de servicios y una vez finalizados los mismos acudieron a la administración y a la jurisdicción, antes de que pasara un término mayor a tres años para la respectiva reclamación.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito del **28 de marzo de 2022**, allegado vía correo electrónico, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos y fundamentos de derecho expuestos en la demanda y señalando que en caso bajo estudio se debe dar aplicación al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, en virtud de los hechos probados.

Manifestó que en el plenario se encuentra demostrado que el actor no prestó sus servicios en la entidad demandada con autonomía técnica, administrativa o financiera y que su labor fue continua; sin embargo, el SENA tomó algunos días para la firma de los contratos por razones presupuestales.

Sostuvo que la labor ejecutada por el actor no se puede considerar esporádica pues requirió de la prestación del servicio durante más de 8 años y además se evidenció el ánimo de la entidad de mantener al demandante ejerciendo las mismas funciones.

Aludió que en el caso que ocupa la atención del Despacho concurren los tres elementos esenciales de la relación laboral, así:

- Prestación personal del servicio: el demandante no podía subcontratar o delegar a otra persona para desarrollar el objeto contractual.
- Remuneración como contraprestación de la prestación personal del servicio: el actor recibía pagos mensuales, previa acreditación del pago de seguridad social.
- Subordinación: existían superiores jerárquicos, con la figura de líderes de área que le impartían órdenes al demandante, controlaban el horario y el desarrollo de las funciones que debía ejecutar en el lugar asignado por la entidad o en los diferentes eventos organizados por la Agencia Pública de Empleo, como ferias, talleres o

microruedas.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito del **28 de marzo de 2022**, allegado vía correo electrónico, solicitó desestimar todas y cada una de las pretensiones del libelo demandatorio, ratificando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y resaltando que jurisprudencialmente se ha establecido que rendir informes mensuales de la ejecución de contrato, pasar planillas o efectuar planeación académica del mes siguiente, no pueden considerarse, por sí solas, como elementos de subordinación laboral, toda vez que hacen parte de la ejecución y de las relaciones de coordinación, propias del contrato de prestación de servicios.

Agregó que no es cierto como lo manifiesta el demandante, que se celebraron contratos de prestación de servicios de forma continua con el SENA Regional Cundinamarca, por cuanto, se suscribieron de forma interrumpida, cuya duración obedeció a un tiempo limitado e indispensable para ejecutar el objeto contractual.

Refirió que el demandante con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones tenía una cantidad de horas como requisito para su aprobación y si estas no se acreditaban, no se podían cumplir las metas trazadas e indicó que no se encuentra acreditadas las supuestas órdenes impartidas permanentemente, como tampoco que tuviese un jefe inmediato.

Afirmó que el demandante se vinculó a la entidad demandada con el propósito de prestar servicios de apoyo para la Agencia Pública de Empleo, por un determinado número de horas y que dada la naturaleza de los contratos debía existir una concertación en qué momento, como y donde se iba a desarrollar la actividad contractual.

Manifestó que los testigos en sus relatos no aportan nada concreto, respecto a las actividades del demandante en el SENA, pues las señoras Sandra Patricia Moreno Ballen y Leidy Johana López no manifestaron hechos relativos al demandante, pues sus narraciones se realizaron en

forma general, ya que no conocieron el contenido de los contratos suscritos por el demandante, por lo tanto, desconocían las obligaciones que debía cumplir y adujeron que todos los compañeros eran contratistas.

4.3. Agente del Ministerio Público.

La señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

Respecto a las excepciones de ***“ausencia de los presupuestos básicos para la prosperidad de las pretensiones, pago total de las obligaciones emanadas de los diversos contratos de prestaciones de servicios celebrados con el señor por Mauricio Garcia Arboleda por parte del SENA, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y ausencia de relación laboral”***, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual, serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción de **prescripción extintiva del derecho en el contrato realidad**, se precisa que será resuelta en acápite posterior de este escrito.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante que sustenta los hechos y pretensiones:

5.2.1. Documentales.

5.2.1.1. Resoluciones Nos. 986 de 2007 y 1302 de 2015, por las cuales se fija el Manual Específico de Funciones, requisitos mínimos y competencias laborales del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y se

actualiza y compila en un solo cuerpo normativo dicho manual - respectivamente-.

5.2.1.2. Contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante con el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

5.2.1.3. Escrito del **30 de agosto de 2019**, por medio del cual el demandante le solicitó al Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, así como el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho, los aportes a la seguridad social y el reembolso de los valores que sufragó por este último concepto y por retención en la fuente, así como la sanción moratoria y ajustes de valor.

5.2.1.4. Escrito del 30 de agosto de 2019, por medio de la cual el demandante le solicitó a la entidad demandada copia de los contratos de prestación de servicios, del expediente administrativo, del certificado de tiempo de servicios, de los pagos a seguridad social y riesgos laborales; igualmente, deprecó información relacionada a la cantidad de personas que pertenecen a la planta de personal que desarrollan funciones como las que ejecutó y de los certificados de las retenciones en la fuente.

5.2.1.5. Oficio No. 25-2-2019-031915 del 09 de septiembre de 2019, mediante el cual el doctor Gustavo Adolfo Araque Ferraro, Director Regional de Cundinamarca del SENA, negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que la relación sostenida con el actor, obedeció a los contratos de prestación de servicios suscritos y, por lo tanto, no le asiste el derecho a reclamar dichas prestaciones.

5.2.1.6. Oficio No. 11-2-2019-080176 de 11 de septiembre de 2019, a través del cual el doctor Enrique Romero Contreras, Director Regional del SENA, se pronunció de fondo sobre la petición elevada por el demandante, precisando que este suscribió varios contratos de prestación de servicios, en virtud de los cuales, recibió honorarios por las actividades que desarrolló y, por ende, dada la naturaleza contractual tenía a su cargo el pago de los aportes a seguridad social, de forma que, no se puede predicar la configuración de una relación laboral, debido a la ausencia de

los elementos de subordinación y prestación personal de la labor.

5.2.1.7. Oficio No. 11-2-2019-087045 del 2 de octubre de 2019, por medio del cual el doctor Álvaro Alberto Castellanos Aya, Coordinador del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del SENA Regional Distrito Capital, le informó al actor el trámite que debía seguir para obtener las copias solicitadas y resaltó que este no cumplía funciones propias de la entidad, en la medida que debía desarrollar los objetos contractuales y, por lo tanto, no se podría configurar una relación laboral, debido a la ausencia de los elementos de subordinación, prestación directa del servicio y pago de salario; amén, que la creación, clasificación, nomenclatura de cargos y sistema salarial del personal de planta surgen bajo parámetros constitucionales, legales y reglamentarios que restringen la discrecionalidad de los nombramientos de empleados públicos, requisitos indispensables para que se genere la obligación del pago de prestaciones sociales.

5.2.1.8. Certificaciones expedidas por el Subdirector del Centro para la Industria de la Comunicación Gráfica, el Subdirector del Centro Industrial y de Desarrollo Empresarial de Soacha y el Director Regional de Cundinamarca del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, en las cuales hacen constar que el demandante prestó sus servicios personales en la entidad, desde el 28 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2018.

5.2.1.9. Certificados de ingresos y retenciones del señor Mauricio García Arboleda.

5.2.1.10. Liquidación de Aportes en Línea, en los que se evidencia que el demandante realizó cotizaciones como independiente a Porvenir S. A., Positiva Compañía de Seguros y Famisanar E. P. S.

5.2.1.11. Certificado de afiliación al Sistema de Seguridad Social del demandante, expedido por el Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud – FOSYGA.

5.2.1.12. Reportes de relación de pagos del actor, emitido por el Sistema Integrado de Información Financiera - SIIF Nación.

5.2.1.13. Formatos para el pago de contratos de prestación de servicios

del SENA.

5.2.1.14. Expediente administrativo del demandante, contentivo de: a) contratos de prestación de servicios, b) pólizas de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales; c) actas de iniciación y de liquidación de los contratos de prestación de servicios del demandante, d) liquidación de Aportes en Línea, e) certificaciones de afiliaciones a Porvenir S. A., Positiva Compañía de Seguros y Famisanar E. P. S.

5.2.2. Testimoniales e interrogatorio de parte.

5.1.2.1 Grabación de las declaraciones de las señoras Sandra Moreno Ballén y Leidy Johana López Fajardo, así como del interrogatorio de parte del señor Mauricio García Arboleda, ambos recepcionados por el Juzgado en audiencia del 24 de marzo de 2022 y acta contentiva de dicha diligencia.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo 9 de noviembre de 2021, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si el señor Mauricio García Arboleda tiene o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral por el periodo comprendido entre los años 2010 y 2018, tiempo que se afirma estuvo vinculado bajo la modalidad de prestación de servicios en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y, en consecuencia, se efectúe el pago de salarios y prestaciones que se le adeuden, así como las cotizaciones al sistema de seguridad social, riesgos laborales, de los aportes no efectuados a la Caja de Compensación familiar, la devolución de los descuentos realizados por concepto de retención en la fuente (RETEFUENTE) y retención de Impuesto de Industria y Comercio (RETEICA) y la indemnización prevista en la Ley 244 de 1995.

5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”*, modificado por el

artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“Artículo 2. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*¹. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, contempla:

“Artículo 1°.- El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.

Artículo 2°.- Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.

Artículo 3°.- Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

¹ La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

Artículo 4°.- *Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes*

Artículo 5°.- *Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.*

Artículo 7°.- *Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.*

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53² la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II *ibídem*, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

“Art. 122.- *No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos*

² ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)

“Art. 125. - 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 (...).”

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, en el numeral 3° del artículo 32, determinó:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”³

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente,

³ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. *La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. *La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

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

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral,

razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el 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, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.”(Negrillas del Despacho)

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no

existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presenta: i) una prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia y iii) el salario.

Ahora bien, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de 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 laborales⁴.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁵ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).

Posteriormente, dicha Corporación Judicial -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios, sostuvo:

“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios

*95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de*

⁴ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

una relación laboral.

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada».

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente”.

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

“2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye **el elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida– ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. i) **El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) **El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. iii) **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) **Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los

funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral”.

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

“2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.”

Así mismo, en canto a la remuneración, afirmó:

“2.3.3.4. Remuneración

“110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”.

5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, el señor MAURICIO GARCÍA ARBOLEDA reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales

que aduce tiene derecho, por el tiempo en que prestó sus servicios en el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Por su parte, el doctor Gustavo Adolfo Araque Ferraro, Director Regional de Cundinamarca del SENA, mediante el **Oficio No. 25-2-2019-031915 del 9 de septiembre de 2019**, negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que la relación sostenida con el actor, obedeció a los contratos de prestación de servicios celebrados y, por lo tanto, no le asiste el derecho a reclamar dichas prestaciones.

A su turno, el doctor Enrique Romero Contreras, Director Regional del SENA, a través del **Oficio No. 11-2-2019-080176 del 11 de septiembre de 2019**, precisó que el demandante suscribió sendos contratos de prestación de servicios, en virtud de los cuales, recibió honorarios por las actividades que desarrolló y, por ende, dada la naturaleza contractual tenía a su cargo el pago de los aportes a seguridad social, de forma que, no se puede predicar la configuración de una relación laboral, debido a la ausencia de los elementos de subordinación y prestación personal de la labor, criterio que fue reiterado por la entidad, por medio del Oficio No. 11-2-2019-087045 del 2 de octubre del mismo año, suscrito por el doctor Álvaro Alberto Castellanos Aya, Coordinador del Grupo de Apoyo Administrativo Mixto del SENA Regional Distrito Capital.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si en el caso que nos ocupa, se configuran los elementos estructurales de una relación laboral, como lo son: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** la subordinación o dependencia y **iii)** el salario como retribución del servicio.

i) Prestación personal del servicio.

Sobre el particular, cabe resaltar que de las certificaciones expedidas por el Subdirector del Centro para la Industria de la Comunicación Gráfica, el Subdirector del Centro Industrial y de Desarrollo Empresarial de Soacha y el Director Regional de Cundinamarca del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, quedó plenamente demostrado que el actor prestó sus servicios personales en la entidad, de la siguiente forma:

NO. CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA DE FINALIZACIÓN	VALOR DEL CONTRATO	HONORARIOS MENSUALES
321	28 DE ENERO DE 2010	30 DE DICIEMBRE DE 2010	\$ 15.000.000,00	
0045	04 DE FEBRERO DE 2011	30 DE JUNIO DE 2011	\$ 8.240.331,00	\$ 1.681.700,00
0527	08 DE JULIO DE 2011	07 DE OCTUBRE DE 2011	\$ 4.920.000,00	\$ 1.640.000,00
1076	10 DE OCTUBRE DE 2011	30 DE DICIEMBRE DE 2011	\$ 4.428.000,00	\$ 1.640.000,00
0089	24 DE ENERO DE 2012	29 DE JUNIO DE 2012	\$ 9.048.000,00	\$ 1.740.000,00
ADICIÓN	30 DE JUNIO DE 2012	29 DE AGOSTO DE 2012	\$ 3.480.000,00	\$ 1.740.000,00
1419	04 DE SEPTIEMBRE DE 2012	30 DE DICIEMBRE DE 2012	\$ 6.786.000,00	\$ 1.740.000,00
0250	18 DE ENERO DE 2013	17 DE JUNIO DE 2013	\$ 10.536.900,00	\$ 2.107.380,00
ADICIÓN	18 DE JUNIO DE 2013	17 DE JULIO DE 2013	\$ 2.107.380,00	
3621	01 DE AGOSTO DE 2013	30 DE DICIEMBRE DE 2013	\$ 10.536.900,00	\$ 2.107.380,00
1911	20 DE ENERO DE 2014	04 DE AGOSTO DE 2014	\$ 14.059.500,00	\$ 2.163.000,00
5022	10 DE SEPTIEMBRE DE 2014	21 DE DICIEMBRE DE 2014	\$ 6.853.414,00	\$ 2.015.710,00
0487	19 DE ENERO DE 2015	30 DE DICIEMBRE DE 2015	\$ 25.397.946,00	\$ 2.227.890,00
1312	08 DE FEBRERO DE 2016	31 DE DICIEMBRE DE 2016	\$ 24.795.633,00	
422	19 DE ENERO DE 2017	31 DE DICIEMBRE DE 2017	\$ 21.135.600,00	
694	19 DE ENERO DE 2018	31 DE DICIEMBRE DE 2018	\$ 28.048.500,00	

En este sentido, se encuentra demostrado que el señor Mauricio García Arboleda prestó sus servicios en el SENA, a través de la celebración de sendos contratos de prestación de servicios del **28 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2018**, cuyos objetos contractuales estaban encaminados a la inscripción de usuarios que buscaran empleo, registro de hojas de vida, brindar talleres de orientación a población vulnerable desempleada, captar vacantes de los empresarios interesados en realizar vinculaciones laborales y brindar atención y orientación del servicio público de empleo. Igualmente, debía realizar seguimiento a los aprendices de formación titulada que realizaran inducciones, apoyar telefónicamente y presencialmente a las empresas, participar en los espacios de concertación, ferias de servicio, centros regionales, según el cronograma establecido por el Coordinador de la Agencia Pública de Empleo y atender al público interno y externo.

Al respecto, cabe resaltar que, si bien en la certificación emitida el 11 de febrero de 2019, por el doctor Jhon Fredy Vargas Lozano, Subdirector del Centro para la Industria de la Comunicación Gráfica, se resaltó que en el periodo comprendido entre el 28 de enero de 2010 y el 30 de diciembre del mismo año, el demandante desarrolló actividades orientadas a la implementación, seguimiento y evaluación de dos cursos de competencias matemáticas, lo cierto es que en la certificación expedida el 18 de febrero de 2022, por el doctor Carlos Alberto Barón Serrano, Subdirector (E) del Centro para la Industria de la Comunicación Gráfica Servicio Nacional de

Aprendizaje SENA, se aclaró que la labor del demandante en dicho lapso se circunscribió a *“garantizar la continuidad de las actividades relacionadas con captación y seguimiento de vacantes, orientación ocupacional, observatorio laboral y del convenio de flujos migratorios laborales con España del servicio público de empleo”*, aspecto que coincide con lo afirmado por la señora Sandra Moreno Ballén en la audiencia de testimonios llevada a cabo el 24 de marzo de 2022.

Así las cosas, se encuentra demostrado que el demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se señaló en la cláusula DÉCIMA SEGUNDA de los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión parcial o total de los mismos, sin contar con la autorización previa y escrita de la entidad.

ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en los contratos de prestación de servicios se estableció que estos no estaban sujetos a la subordinación y no generaban vínculo laboral entre las partes; sin embargo, en la CLÁUSULA SÉPTIMA de los contratos aportados con la demanda, se evidencia que la Coordinadora de la Agencia Pública de Empleo, el Coordinador de Formación, la persona que designara el Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA o el ordenador del gasto del servicio, se encargaban de velar por que el actor cumpliera sus obligaciones.

Sobre este aspecto, las señoras Sandra Moreno Ballén y Leidy Johana López Fajardo en la audiencia de testimonios celebrada el 24 de marzo de 2022, declararon que el demandante tenía un jefe directo que era el líder del área, quien le impartía órdenes verbales y supervisaba que cumpliera el horario asignado, en el cual debía desarrollar su labor, de modo que, prestaba sus servicios personales desde las 7:30 a.m. hasta las 5:00 p.m.; incluso, trabajaba los fines de semana, por cuanto, la entidad demandada realizaba talleres, microruedas y ferias de empleo, eventos que cumplieran su **objeto misional** y a los que debía asistir, en virtud de la asignación que realizaba su superior.

Igualmente, las deponentes refirieron que el actor no se podía ausentar de su labor, dado que, debía atender a los usuarios del SENA en el horario que se estableció para dicho fin y, por lo tanto, de ser el caso, debía pedir permiso al líder del área y según lo expuesto por la señora Sandra Moreno Ballén, de presentarse tal situación, debía reponer el tiempo.

En similares términos afirmaron que la entidad demandada le suministró al demandante los implementos que requería para desarrollar su labor, tales como, un computador, un teléfono, un cubículo y silla, los cuales le permitían atender a los usuarios de forma presencial o telefónicamente, afirmaciones que fueron reiteradas por el señor Mauricio García Arboleda en el interrogatorio de parte que rindió el 24 de marzo del año en curso, donde resaltó que no se podía retirar de las instalaciones de la entidad hasta tanto no fuera atendida la última persona que ingresaba para ser orientada.

Así mismo, las testigos fueron enfáticas en sostener que el actor era capacitado por la entidad y debía presentarse a las reuniones de seguimiento de metas, además para desarrollar su labor debía seguir los lineamientos de la plataforma que estableció el SENA para el registro de las hojas de vida y de empresas que ofrecieran empleo; concretamente, la señora Leidy Johana López Fajardo indicó que el actor tenía asignado un usurario y clave para ejercer sus funciones. Inclusive, la señora López Fajardo resaltó que la Coordinación en ocasiones realizaba el cambio de funciones del actor, debido a una redistribución interna de la entidad.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por el actor por más de **8 años**, no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria, pues ejecutó una **función misional** de la entidad que efectuaba el personal de planta, frente al cual actuaba como subordinado, por lo que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer las actividades a su cargo y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desplegar sus funciones atendiendo los horarios y bajo las mismas condiciones de los empleados de la entidad y medidas de supervisión, con el objeto de realizar funciones básicas que están dentro de su **objeto social**.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009⁶, señaló que existe una prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, en la medida que se oculta la verdadera relación laboral, al sostener:

“La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”.

iii) Remuneración por el trabajo cumplido.

Al respecto, advierte el Despacho que en cada una de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Mauricio García Arboleda y el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, la cual se pagaba de forma mensual, efecto para el cual, debía aportar la certificación expedida por el supervisor de los contratos, donde se acreditara el cumplimiento a satisfacción del objeto y obligaciones, así como los aportes a seguridad social.

En ese sentido, en criterio del Despacho, se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: **i)** el demandante ejecutó directamente la prestación personal del servicio en el SENA o en los lugares que la entidad designara; labor que, valga la pena anotar **es propia de la actividad misional de la entidad contratante**, dado que debía garantizar el cumplimiento de las metas en términos de

⁶ Corte Constitucional, sentencia del 2 de septiembre de 2009, M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-7615, demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968, actora: María Fernanda Orozco Tous.

inscripción de usuarios buscadores de empleo, mediante la atención personalizada y registro de hojas de vida, función asignada al Servicio Nacional de Empleo, Regional Distrito Capital⁷ y orientar a la población vulnerable, actividad que era de competencia de la Dirección Regional, así como de las Regionales y Centros de Formación Profesional de la entidad; **ii)** recibía una remuneración por el trabajo prestado y **iii)** actuaba bajo subordinación, frente a claros elementos que la tipificaron, entre ellos, cumplimiento de horario, acatamiento de instrucciones por parte del jefe de área, desarrollo de sus labores con los insumos de trabajo suministrados por la entidad y participe en los espacios de concertación, ferias de servicio, microruedas y centros regionales.

Ahora bien, mediante el **Oficio No. 25-2-2019-032807 del 16 de septiembre de 2019**, la doctora Alicia Lara Ahumada, Coordinadora del Grupo Administrativo Mixto del SENA, señaló que en el aplicativo de la entidad no se reporta funcionario de planta de la Regional Bogotá que tenga funciones similares a las desarrolladas por el demandante, en virtud de los contratos de prestación de servicios; no obstante, se aportó al plenario el Manual Específico de Funciones, Requisitos Mínimos y Competencias Laborales de la entidad, adoptado mediante la Resolución No. 000986 del 25 de mayo de 2007, así como la actualización compilada en la Resolución No. 1302 del 8 de julio de 2015, en los que se evidencia que existe el cargo de **Técnico – Código 4010 – Grado 07**, el cual, en términos generales desarrollaba funciones orientadas a brindar atención oportuna a los usuarios internos y externos de la Agencia Pública de Empleo, con el propósito de facilitar el proceso de inscripción, manejo del aplicativo e ingreso de la información y orientación ocupacional, actividades que eran desarrolladas por el demandante.

Así las cosas, si bien en algunos contratos de prestación de servicios se estableció que en la entidad no existían empleados que desplegaran las actividades contratadas, lo cierto es que no se puede desconocer que tal como se consignó en el contrato No. 000045 de 2011, **no existía personal de planta suficiente** para ejercer la labor, situación que fue determinante para que se contratara un “TÉCNICO”⁸ y, por su parte, en el contrato No.

⁷ Contratos de prestación de servicios y actas de inició, obrantes en el expediente administrativo.

⁸ Numeral 5º consideraciones.

001419 de 2012, se incorporó que “*está acreditado en el expediente contractual con la certificación expedida que **hay personal de planta con la especialidad requerida, pero no es suficiente para suplir la necesidad***”⁹ -negrita ajena al texto-.

En ese sentido, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “*la primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues es indudable que el señor Mauricio García Arboleda se encontraba en las mismas condiciones del empleo de **Técnico – Código 4010 – Grado 07**, cargo que pertenece a la planta global de personal de la entidad, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todos los emolumentos a los que tiene derecho el actor, entendiéndose estos, no solo como las prestaciones sociales, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, como aquellas por concepto de pensión (en la proporción correspondiente), debidamente indexados, como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer al demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir que **no por el hecho de que se tipifique la relación laboral el hoy demandante adquiere la calidad de empleado público**, pues como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, para ostentar dicha condición, es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución Política, como son que el cargo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, así como que se cumplan los requisitos de ley, tales como el nombramiento y la posesión y, pese, a que el empleo desempeñado por el actor hace parte de la planta de global del SEA, no se reúnen a satisfacción las demás condiciones.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contenciosos Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. Gabriel Valbuena

⁹ Numeral 2º consideraciones.

Hernández, mediante la sentencia proferida el 21 de julio de 2016, dentro del proceso No. 25000-2325-000-2010-00373-01, señaló:

“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos¹⁰, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión¹¹.

Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.

5.4.1 Del restablecimiento del derecho.

En este punto, se advierte que las pretensiones de la demanda persiguen una gran variedad de reconocimientos por emolumentos laborales, indemnizaciones o sanciones y devoluciones por pagos efectuados como contratista, frente a los cuales el Juzgado se pronunciará en los siguientes términos:

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse en un 75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

5.4.1.1 Emolumentos laborales. El actor solicita con la demanda que se le reconozcan los emolumentos que devengan el personal de planta, específicamente, pretende los siguientes: a) cesantías e intereses; b) primas de navidad, de junio y de servicios, c) vacaciones y d) dotación de calzado y vestido de labor.

5.4.2.1.1. Las prestaciones sociales. En esta dirección, el H. Consejo de Estado ha señalado que el restablecimiento del derecho se contrae a reconocer las prestaciones sociales devengadas por un empleado de planta en el cargo equivalente a los funciones desempeñadas o contratadas, las cuales se liquidarán con base en los honorarios pactados en los sucesivos contratos de prestación de servicios. Al respecto, precisó que las prestaciones sociales que son objeto de reconocimiento en este tipo de asuntos, son las **ordinarias o comunes**, las que clasifica en las que corresponden al empleador y a la seguridad social, en los siguientes términos¹²:

“Ahora, frente a cuáles son las prestaciones sociales susceptibles de ser reconocidas, esta Subsección, en providencia del 21 de junio de 2018 sobre un asunto fáctico y jurídico similar, dispuso que estas son¹³:

- *Las prestaciones sociales ordinarias o comunes que perciben los empleados públicos de la entidad demandada, las cuales se encuentra a cargo directamente del empleador, como son las primas o las cesantías, entre otras, y;*
- *Las prestaciones sociales a cargo del sistema general de seguridad social como los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que se encuentran a cargo directamente del empleador; y a salud y pensiones que son compartidas entre el empleador y el trabajador.”*

Ahora bien, por **prestaciones sociales ordinarias o comunes**, la jurisprudencia se ha referido a las prestaciones sociales a cargo del empleador en términos generales, pues ha indicado que están constituidas por todas aquellas de carácter legal como las primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías que devengan el empleado del cargo equivalente al desempeñado por el contratista, **las cuales le corresponde determinar a la entidad al hacer la correspondiente**

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15)

¹³ Ídem.

liquidación, según el siguiente aparte jurisprudencial¹⁴.

“(…)

*Frente al reconocimiento de otras prestaciones sociales, cabe destacar que esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2016¹⁵, precisó que «con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, [...] acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral. **Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías;** y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización». Asimismo, en providencia de 6 de octubre siguiente¹⁶, aclaró que «el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que no es posible reconocer prestaciones sociales de carácter extralegal que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando el accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas».*

*En virtud del derrotero jurisprudencial expuesto, al actor le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un empleado de planta del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) con iguales o similares funciones a las que él desempeñaba, tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, mas **no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que él carece.***

En ese sentido, le corresponderá al ente accionado al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales que serán objeto de liquidación a favor del actor.” (negrillas a propósito).

Así mismo, dicha Corporación Judicial se ha referido en forma concreta a las siguientes prestaciones:

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del 28 de octubre de 2021. Ra. 25000-23-42-000-2015-04331-01(0238-18),

¹⁵ Expediente 810012333000201200020-01 (316-2014).

¹⁶ Expediente 660012333000201300091 01(0237-2014).

i) Vacaciones.

En sentencia del 19 de abril de 2018, dentro del expediente No. 81001-23- 33-3000-2013-00096-01, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, se señaló que las vacaciones son un descanso remunerado que, por no haber sido disfrutado, se tienen que compensar en dinero, así:

“(…)

Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato realidad-, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios-, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978, que dispone:

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, 4.] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo»

*Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, **corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria**, pero como quiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005.*

Sin embargo, el pago de la compensación por el descanso no disfrutó la

accionante solo comprenderá lo causado a partir del 24 de enero de 2010, en atención al fenecimiento de la oportunidad para reclamarlo...”
(Negrilla fuera del texto original).

Posteriormente, en la sentencia de 30 de septiembre de 2021, dicha Corporación Judicial se expresó¹⁷ en los siguientes términos:

“
(...)

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados¹⁷, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978¹⁸, que dispone:

Artículo 20º.- De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;

b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016¹⁹, la sección segunda de esta Corporación determinó, entre otras reglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, «[...] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el

¹⁷ De conformidad con el Decreto 3135 de 1968, **«por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales»**, artículo 8º, «Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por los reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosos [...]».

¹⁸ Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República mediante ley 51 de 1978, «[...] por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional».

¹⁹ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero esa garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005²⁰.

Bajo dichos pronunciamientos Jurisprudenciales, es claro el derecho que le asiste al demandante de la compensación en dinero de las vacaciones, en razón a que constituye una prestación social, de conformidad con el principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.

ii) Dotación de Calzado y vestido de labor.

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018²¹, indicó:

“Sobre la “dotación de calzado y vestido de labor” que solicita el demandante a título de restablecimiento del derecho, no es procedente en la medida en que el artículo 1 de la Ley 70 de 1988 reguló el derecho que le asiste a “los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente (...) resaltado fuera del texto”, supuestos que no concurren en el caso concreto⁸⁵”.

De conformidad con la jurisprudencia en cita, encuentra el Despacho que al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago por concepto de calzado y vestido de labor, dado que los honorarios que percibió por las funciones que desarrolló, superan dos veces el salario mínimo legal mensual para cada vigencia, tal como se desprende de las certificaciones expedidas por el Subdirector del Centro para la Industria de la Comunicación Gráfica, el Subdirector del Centro Industrial y de

²⁰ «Artículo 1°. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado».

²¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018, M. P. Dr.: César Palomino Cortés, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00799-01, actor: Pablo Emilio Torres Garrido, demandado: E.S.E Centro de Salud Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander.

Desarrollo Empresarial de Soacha y el Director Regional de Cundinamarca del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, citadas líneas atrás.

5.4.2.1.1 Prestaciones sociales de la seguridad social.

Respecto de las prestaciones de la seguridad social, únicamente se ordena realizar las cotizaciones para pensión. En efecto, la misma sentencia de Unificación que se viene de leer, sobre los aportes no efectuados por la parte contratante al fondo de pensiones, dispuso:

“De igual manera la entidad demandada deberá a título de restablecimiento del derecho tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Manco Quiroz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por último, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra deberá pagar o completar según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora”.

En consecuencia, la entidad demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones del actor la suma faltante por concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, con fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados y así se ordenará en la parte resolutive de la presente providencia.

5.4.2.1.2 Cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar.

Respecto de las cotizaciones a las Cajas de Compensación Familiar, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”²², refirió:

“(…)

²² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”, C P. Dr.: César Palomino Cortés, mediante sentencia del 14 de marzo de 2019, expediente No. 15001-23-31-000-2012-00042-01(3246-15), actor: Luis Eduardo Moreno Caro, demandado: Departamento de Boyacá – Casa del Menor Marco Fidel Suárez.

Bajo los anteriores supuestos, observa la Subsección que en el caso concreto no se acreditó por parte del señor Luis Eduardo Moreno Caro la calidad de beneficiario del subsidio familiar reprochado, pues el artículo 5° de la citada Ley 21 de 1982 prevé que “El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios...”, enlistando los requisitos en su artículo 18, así:

“1°. Tener el carácter de permanentes.

2°. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;

3°. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23, y

4°. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta ley.”

De cuyo numeral cuarto, el artículo 27 establece que darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

“1°. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.

2°. Los hermanos huérfanos de padre.

3°. Los padres del trabajador”.

Y a renglón seguido, determina que esos familiares se consideran personas a cargo cuando convivan y dependan económicamente del trabajador, sumado a que se hallen dentro de los condicionamientos indicados en el articulado sucesivo”.

Del anterior criterio jurisprudencial, se colige que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los aportes correspondientes a la Caja de Compensación Familiar, en razón a que no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiario del subsidio familiar.

5.4.2.2 Sanciones e indemnizaciones.

Existen otras pretensiones que se refieren a indemnizaciones o sanciones por pagos extemporáneos o morosos, que la jurisprudencia ha venido denegando, por no darse los presupuestos para el efecto, así:

5.4.2.2.1 Sanción moratoria por el no pago de las cesantías.

Frente a la sanción moratoria deprecada, la Jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia del 17 de junio de 2021, ya citada, ha señalado que “... no hay lugar a tal reconocimiento, toda vez que a partir de esta sentencia surge la obligación del pago de las prestaciones al beneficiario, por lo que no es viable acceder a esa pretensión”²³, razón suficiente para no dar prosperidad a dicha pretensión.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05489-01(1572-18).

5.4.2.2.2 Indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales.

El Consejo de Estado, en la sentencia del 4 de noviembre de 2021, tantas veces mencionada, ha señalado que el beneficio reclamado sólo aplica para los trabajadores oficiales, más no en las relaciones laborales administrativas, así:

“(…)

Indemnización moratoria en los términos del Decreto 797 de 1949: El Decreto 797 de 1949 concede un periodo de gracia de 90 días a las entidades que contraten trabajadores oficiales para poner a su disposición todos los valores que por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones se hallen insolutos en el momento en que termine el contrato; lo que significa que si vencido el aludido lapso el empleador no realiza el pago, se genera en favor del trabajador una mora.

Sin embargo, dentro del sub judice no habrá lugar a su reconocimiento como quiera que dicha sanción es reconocida a los trabajadores oficiales, categoría que no ostenta la señora Carmela Amparo Arciniegas Gómez.”.

Bajo dicho pronunciamiento, también deberá ser denegada la pretensión encaminada al reconocimiento por mora en el pago de las prestaciones sociales que serán reconocidas a favor del actor.

5.4.2.3 Devoluciones por pagos como contratista.

5.4.2.3.1 Devolución de aportes a la seguridad social (pensión, salud y riesgos profesionales).

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por la contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, por cuanto no existe una disposición de orden legal que señale expresamente un término que extinga la posibilidad de reclamarlos en cualquier tiempo, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia

proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, al indicar: *“Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista”*.

Sin embargo, en la aludida sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2021, aclarada el 11 de noviembre del mismo año, se dispuso la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el Contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

“(…)

3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

163. *En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.*

164. *Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».*

165. *Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar*

estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal**” (Negrilla del texto original y subrayado del despacho).

Y más adelante, indicó:

“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal» (Negrillas del texto original).

En ese sentido, esta Juzgadora varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que **es improcedente el reembolso de los aportes a salud que la contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.**

Ahora bien, en sentencia del 17 de junio de 2021, el Consejo de Estado señaló que los aportes a **pensión, salud y riesgos profesionales** no constituyen créditos a favor del demandante, pues pertenecen al Sistema en cuanto se causan conforme a la ley, en los siguientes términos:

“(…)

En lo referente a la devolución de los aportes efectuados por el demandante a pensión, salud y riesgos profesionales, lo cierto es

*que, en criterio de la sala mayoritaria²⁴, esos recursos del sistema integral de seguridad social son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y **no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado.** En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por los mencionados conceptos.”.*

Por lo anterior, no procede ordenar la devolución de los aportes a pensión salud y riesgos profesionales que efectuó el demandante en su calidad de contratista de la entidad demandada, como quiera que éstos fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social al existir una obligación legal de realizar dicha contribución, los cuales por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal no admiten otro tipo de destinación que el sostenimiento mismo del sistema.

5.4.2.3.2 De la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente e I. C. A.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E”, C. P. Dr. Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon, en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2018, dentro del proceso No. 11001-33-31-030-2012-00117-01, precisó:

*“De otra parte, tal y como lo dispuesto el juez de primera instancia **no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados por la actora por concepto de retención en la fuente y pagos de pólizas de seguros**, pues si bien como se dijo la vinculación de origen contractual se desnaturalizó, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con motivo de la relación laboral oculta, más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato”. (Negrilla del Despacho).*

Posteriormente, la referida Corporación Judicial, Sección Segunda Subsección “B” en sentencia del 28 de febrero de 2019²⁵, Magistrado Ponente: Doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

²⁴ Del cual en pronunciamientos anteriores se ha apartado el suscrito ponente, porque la devolución del porcentaje de cotizaciones al sistema integral de seguridad social en salud y pensiones hace parte del restablecimiento del derecho del demandante (lo que estará sujeto al fenómeno prescriptivo), y una decisión en contrario podría constituir un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad estatal demandada. De igual manera, una cosa es que las entidades completen al sistema los aportes correspondientes a pensión (que comporta un derecho imprescriptible), como se dejó sentado en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, y otra, la devolución de lo que el demandante tuvo que sufragar respecto del porcentaje que correspondía a su empleador, que, se insiste, integra su restablecimiento del derecho.

²⁵ Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

“(...)

*En cuanto a la **devolución de retefuente y rete ICA** pretendidas por el actor, **no es del caso acceder a ello**, toda vez, que tratándose de valores pagados por concepto de retención en la fuente o rete ICA en contratos realidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó, que ‘... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión’²⁶ (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso al actor de la retención en la fuente que aduce se efectuó sobre cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, así como del impuesto del I. C. A., ya que comprenden dineros que en su momento se giraron a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, lo que hace irreversible tal situación.

5.5 De la prescripción.

En este acápite se estudiará el fenómeno de la prescripción, propuesto por la entidad demandada, precisando que esta Juzgadora en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, había adoptado el precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01²⁷, según la cual “... **aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene**

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de junio de 2013, C.P., Dr. Luis Rafael Vergara Quintero y Sentencia de 27 de abril de 2016, rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). C.P. Dr. William Hernández Gómez.

²⁷ Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización” y, en ese sentido, daba aplicación a lo dispuesto por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14), que dispuso que “... *la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive*”.

Ahora bien, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre del mismo año, respecto al fenómeno prescriptivo, dispuso:

“(...

3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad.

137. Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.

138. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

(...).

Y más adelante, agregó:

“3.2.1. Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

[...] 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.

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

*[...] 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.** (Negrillas del texto)*

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o

prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse” (Negrilla del texto original).

Así las cosas, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, para efectos de determinar la ocurrencia de la prescripción.

Ahora bien, de las certificaciones expedidas por el Subdirector del Centro para la Industria de la Comunicación Gráfica, el Subdirector del Centro Industrial y de Desarrollo Empresarial de Soacha y el Director Regional de Cundinamarca del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, se evidencia que el actor prestó sus servicios, así:

- Del 28 de enero de 2010 al 30 de diciembre de 2010
- Del 4 de febrero de 2011 al 30 de junio de 2011
- Del 8 de julio de 2011 al 7 de octubre de 2011
- Del 10 de octubre de 2011 al 30 de diciembre de 2011
- Del 24 de enero de 2012 al 29 de junio de 2012
- Del 30 de junio de 2012 al 29 de agosto de 2012
- Del 4 de septiembre de 2012 al 30 de diciembre de 2012
- Del 18 de enero de 2013 al 17 de junio de 2013
- Del 18 de junio de 2013 al 17 de julio de 2013
- Del 1 de agosto de 2013 al 30 de diciembre de 2013
- Del 20 de enero de 2014 al 4 de agosto de 2014
- Del 10 de septiembre de 2014 al 21 de diciembre de 2014
- Del 19 de enero de 2015 al 30 de diciembre de 2015
- Del 8 de febrero de 2016 al 31 de diciembre de 2016
- Del 19 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017
- Del 19 de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018

Como puede verse, entre uno y otro de los contratos de prestación de servicios, no existen lapsos de interrupción en los que el demandante no prestó sus servicios por más de treinta (30) días hábiles a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, de modo tal, que no se genera interrupción que desvirtúa la permanencia en el servicio, por lo que se concluye que el demandante prestó sus servicios de forma

continúa e ininterrumpida desde el **28 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2018**.

Así las cosas, en consideración a que el demandante presentó reclamación administrativa, mediante escrito del **30 de agosto de 2019** y que en los contratos celebrados hubo vocación de permanencia en la labor, se concluye que no se configuró fenómeno prescriptivo alguno.

5.5.1 Prescripción de los aportes no efectuados por el contratante al Sistema General de Pensiones.

Respecto de la prescripción de los aportes no efectuados al Sistema General de Pensiones, la sentencia de unificación dispuso:

“Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a 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, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

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

Así las cosas, debido a que se trata de aportes pensionales no están sometidos al fenómeno de la prescripción.

6. COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se

evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de la relación laboral entre el señor MAURICIO GARCÍA ARBOLEDA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.232.042 y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad de los Oficios Nos. 25-2-2019-031915 del 9 de septiembre de 2019 y 11-2-2019-080176 del 11 del mismo mes y año, por medio de los cuales el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, negó al actor el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que se derivaron de la existencia de una relación laboral.

TERCERO.- DECLARAR infundada la excepción de prescripción de los contratos celebrados por las partes, de conformidad con las consideraciones realizadas en el esta sentencia.

CUARTO.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA **RECONOCER Y PAGAR** al señor MAURICIO GARCÍA ARBOLEDA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.232.042, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas que devenga un **Técnico – Código 4010 – Grado 07**, por los periodos contratados, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos suscritos entre el **28 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2018**.

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

R= R.H. Índice Final

Índice Inicial

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo reconocido en la presente sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

QUINTO.- ORDENAR al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA a:

i) **PAGAR** al señor MAURICIO GARCÍA ARBOLEDA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.232.042, los valores que canceló por concepto de **pensión**, en virtud de los contratos de prestación de servicios, según los porcentajes fijados por Ley al empleador, durante el tiempo comprendido entre el **28 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2018**.

ii) En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por el actor para **pensión** y los que se debieron efectuar **COTIZAR** la suma faltante por concepto de aportes solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la parte demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema, durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

iv) **ACTUALIZAR** tales sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

R= R.H. Índice Final

Índice Inicial

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a los conceptos de **pensión**, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el

DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente

SEXTO.- Sin costas a cargo del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

SÉPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

NOVENO.- Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

DÉCIMO.- La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO PRIMERO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor, excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 009, de hoy 13 de mayo de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA HOLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

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:

**9f018897beee21c602a2b897d4e3e0e8adaee3fa9da02b91ecb436e22
1f18e95**

Documento generado en 11/05/2022 08:31:26 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso:	11001-33-35-018-00 2019 -00 273 -00
Demandante:	ZORAIDA ARIZA ARIZA
Demandado:	BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL-
Asunto:	SENTENCIA

La señora **ZORAIDA ARIZA ARIZA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.753.244, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de BOGOTA D.C. - SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

Las pretensiones en que se sustenta la demanda fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 6 de abril de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

1.2. HECHOS

1.2.1. Indicó que la demandante ostenta el título profesional de Trabajo Social de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y cuenta con Especialización en Gerencia Social.

1.2.2. Afirma que prestó servicios a la entidad demandada como Trabajadora Social entre el 9 de febrero de 2010 y el 17 de julio de 2018,

bajo continuos contratos de prestación de servicios que identificó así: 8859 de 2017, 2364 de 2017, 347 de 2016, 2383 de 2015, 1768 de 2014, 817 de 2013, 3470 de 2012, 1175 de 2011 y 2524 de 2010.

1.2.3. Específicamente, señala que los servicios los prestó en las Comisarias de Familia de: Usaquén I y Kennedy I como semipermanente, y en Patio Bonito de 7 a 4 p.m, como parte del equipo interdisciplinario.

1.2.4. Afirma que la Secretaría Distrital de Integración Social tiene el cargo de Trabajadora Social en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, intitulado Profesional Universitario 219-14, incluso se ofertó en la Convocatoria 431 de 2016, sin embargo, las funciones del cargo las desempeñó como contratista durante siete (7) años, siendo evidente que la entidad contrató una función pública con carácter permanente e intrínseca a su objeto misional, pues no ejerció funciones transitoria, temporales u ocasionales, sino que tenía dedicación permanente y exclusiva.

1.2.6. Agrega que la Secretaría Distrital de Integración Social tiene entre sus competencias coordinar, organizar y administrar el programa o proyecto de justicia familiar, a través de las Comisarías de Familia creadas mediante el Acuerdo Distrital 23 de 1990.

1.2.7. Indica que las Comisarías de Familia prestan un servicio público directo y permanente por disposición de las Leyes 294 de 1996, 640 de 2001 y 1098 de 2006, y los respectivos Acuerdos Distritales, y en tal virtud, considera que el cargo de Trabajadora Social seguirá vigente en las Comisarias de Familia, las cuales se conforman como equipos interdisciplinarios.

1.2.8. Enunció las funciones que la demandante cumplía en las Comisarías de Familias, las que se contraen a atender, orientar, indagar y determinar competencias y tipo de violencia contextual cuando las personas acudían por violencia intrafamiliar, maltrato infantil y delitos

sexuales; realizar audiencias, ingresar las actuaciones al sistema SIRBE, acompañar las medidas de protección, efectuar visitas domiciliarias, y atender y orientar los conflictos intrafamiliares.

1.2.9. Sostiene que la labor de Trabajadora Social del equipo interdisciplinario la desempeñó en condiciones de subordinación laboral, específicamente, manifestó que recibía continuas órdenes, directrices, instrucciones conforme a los reglamentos y lineamientos técnicos establecidos por la Subdirección para la Familia sobre la forma, cantidad y calidad del trabajo, los protocolos de atención a víctimas de violencia intrafamiliar, y directamente de los Subdirectores de Familia y Comisarios de Familia, adicionalmente le exigían cumplimiento de objetivos en cuanto seguimientos mensuales, por lo que aduce que no tenía autonomía ni independencia.

1.2.10 A lo anterior, le sumó las siguientes circunstancias: debía asistir siempre a las instalaciones de la Comisaría de Familia, y solicitar permisos para ausentarse; presentar informes mensuales a la Subdirectora de Familia y los Comisarios de Familia; le asignaron un correo institucional y elementos de trabajo debidamente inventariados; en la Comisarias Diurnas la jornada laboral era de 8 a.m. a 4 p.m. y en las Semipermanentes de 3 p.m. a 11 p.m.

1.2.11. Expresó que la entidad desnaturalizó la figura del contrato de prestación de servicios, para ocultar una relación laboral, porque se dieron todos sus elementos, a saber: subordinación, prestación personal del servicio y remuneración que recibía mensualmente.

1.2.12. Acusó a la entidad de no haberle cancelado las prestaciones sociales reclamadas, ni efectuado los aportes a la seguridad social, y le aplicaron retención en la fuente y estampillas sobre la remuneración devengada.

1.2.13. Informa que el 30 de enero de 2019 radicó la petición por medio

de la cual solicitó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el consecuente pago de prestaciones sociales.

1.2.14. Señala que obtuvo una respuesta negativa a la petición, por medio del Oficio con radicado S201911105 de 7 de febrero de 2019, el que se comunicó de forma electrónica.

1.2.15. Indica que el 19 de febrero de 2019 interpuso recurso de reposición, y en subsidio el de apelación, contra el anterior Oficio.

1.2.16. La entidad desató los recursos por medio del Oficio con radicado S2019024991 de 15 de marzo de 2019, en el sentido de confirmar la decisión, y declarar que el trámite terminaba con la reposición porque el acto recurrido se expidió por delegación, por lo cual no se pronunció sobre la apelación.

1.2.17. Agregó que fue objeto de acoso laboral en la Comisaria de Familia de Kennedy 5, desde febrero de 2018, hechos que quedaron registrados en un acta, se pusieron en conocimiento de la Secretaría Distrital de Integración Social, se denunciaron el 22 de marzo de 2018 ante la Oficina de Control Interno, y que a la postre llevaron a su despido indirecto.

1.2.18 Identificó los actos de maltrato laboral: (i) persecución laboral por recarga laboral; (ii) ultrajes verbales en reuniones sobre el trabajo realizado o encomendado; (iii) omisión al deber de prestar primeros auxilios por haber sufrido un preinfarto.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El apoderado de la parte actora estima desconocidas las siguientes normas:

2.1. Constitucionales: Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 25, 29, 53, y 125.

2.2. Legales: Leyes 80 de 1993, 244 de 1995, 50 de 1990, 344 de 1996, 1437 de 2011, 100 de 1993, 797 de 2003, 1150 de 2007 y 1098 de 2006; los Decretos 2351 de 2014, 1582 de 1988, 225 de 2016, 1042 de 1978, 1919 de 2002 y 1045 de 1978, y los Acuerdos Distritales 23 de 1990, 229 de 2006, 054 de 2001 y 10 de 1995.

Sobre el particular, sostuvo que el Estado tiene el deber de proteger los derechos de las personas, y especialmente, el derecho al trabajo mediante principios como el de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, conforme al cual el operador debe darle eficacia jurídica a la realidad cuando se configuran los elementos propios de una relación laboral, que se aplica cuando ésta se encubre mediante contratos de prestación de servicios.

Explica que en la ley se establecieron los elementos que configuran una relación laboral, así: prestación personal del servicio, subordinación o dependencia, y salario como contraprestación al servicio prestado, y en este caso, además, señala que la actora prestó servicios de forma continúa e ininterrumpida como Trabajadora Social en Comisarias de Familia, durante más de siete (7) años, transcurridos entre el 9 de febrero de 2010 y el 17 de julio de 2018, mediante los siguientes contratos de prestación de servicios: 8859 de 2017, 2364 de 2017, 347 de 2016, 2383 de 2015, 1768 de 2014, 817 de 2013, 3470 de 2012, 1175 de 2011 y 2524 de 2010.

Considera que existió subordinación técnica y administrativa permanente, porque el empleador le indicó la forma, calidad y cantidad de trabajo, e igualmente, el horario para realizar funciones, que estima se relacionan con el objeto social y misional de la entidad, y se desarrollaron con ausencia de la autonomía e independencia del contratista, y sin recibir la prestaciones sociales del empleado público, debido a que la entidad no abrió procesos de selección del cargo establecido en el Manual de Funciones y Competencias Laborales, además, considera que por tratarse de funciones permanentes no podía ser cumplidas a través de contratistas,

sino que la administración debió crear los empleos correspondientes, máxime cuando desarrolló la mismas funciones del cargo de Trabajador Social de carrera que existe en la entidad.

En este sentido, si bien, reconoció que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 estableció que los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral, también hace ver que la Corte Constitucional mediante la sentencia C-154 de 1997 condicionó la exequibilidad a que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada, como la que se presenta en este caso.

III. CONTESTACIÓN.

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **17 de octubre de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso las siguientes razones de defensa:

Señaló que no quedaron obligaciones pendientes, y se pagaron los honorarios pactados, conforme al régimen que regula el contrato de prestación de servicios, a lo cual le suma que la demandante no asume la carga probatoria que le impone el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, lo que incluye demostrar la configuración de los elementos propios o esenciales de la relación laboral (prestación personal del servicios, remuneración, y subordinación), conforme a lo establecido por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-154 de 1997, y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Además, expresó que la labor de coordinación de las actividades del contrato de prestación de servicios no configuran la relación laboral, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia, la coordinación implica someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, como el cumplimiento de horario, y recibir instrucciones y reportar informes sobre los resultados.

Agrega que los hechos de la demanda no exponen el devenir de la relación

contractual, sino que induce a la idea que la relación contractual constituyó un contrato de trabajo, lo cual carece de validez, pues desconoce la normativa, y sólo tienen el ánimo de confundir, en razón a que lo único que se presentó es un contrato de prestación de servicios, los que contaron con estudios previos sobre la necesidad de contratación, tampoco se hicieron reclamos durante su ejecución, y se coordinaba mediante la asistencia a reuniones.

Igualmente, propuso las siguientes excepciones de mérito

(i) Legalidad del contrato de prestación de servicios: Sostuvo que la demandante ejecutó el objeto contractual de forma independiente y autónoma, conforme al artículo 32 (Num. 3º) de la Ley 80 de 1993, norma que, a su criterio, permite el vínculo contractual para ejecutar actividades conexas con la actividad que cumple el Estado, y cuando no puede realizarse con personal de planta, sin generar prestaciones sociales.

Observa que la normativa de los contratos estatales ha evolucionado. Por ejemplo, señaló que los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011 establecen las obligaciones de quienes supervisan los contratos de prestación de servicios, sin que su ejercicio implique actos subordinantes. También señaló que no se le exigió a la demandante la constitución de póliza de garantías, como sucede en los contratos estatales, en aplicación del artículo 8º del Decreto 4828 de 2008.

(ii) Inexistencia del contrato realidad: Expresó que en este caso no se cumplen los requisitos para aplicar el principio de prima de la realidad sobre la formalidad, debido a que no se demostraron los elementos del contrato realidad, en particular, la subordinación. Reitera que la supervisión forma parte de la dirección de los contratos con el fin establecer que los contratistas cumplen a cabalidad con la actividad, y quienes no lo hacen para aplicar las cláusulas pertinentes.

(iii) Inexistencia de la obligación reclamada: Advirtió que no existen

obligaciones pendientes de pago.

(iv) Cobro de lo no debido: Señala que fueron pagados los honorarios causados en ejecución de los contratos de prestación de servicios.

(v) Prescripción: Fundamentada en que la demandante no realizó reclamación alguna con base en los contratos de prestación de servicios, suscritos entre los años 2010 y 2018, que se ejecutaron en su debida oportunidad legal.

(vi) No configuración del derecho al pago de ninguna suma de dinero ni indemnización: Señaló que no hay pagos por hacerle a la demandante.

(vii) Buena fe de la demandada: Aduce que, si se evalúa imponer sanciones, se debe examinar la conducta de la entidad.

(viii) Enriquecimiento sin causa: Por pretenderse el pago de obligaciones no causadas.

ix) Genérica: Solicita que se declaren probadas las excepciones que resulten probadas dentro del presente proceso.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito del **7 de abril de 2022**, allegado vía correo electrónico, expresó que las pretensiones de la demanda deben prosperar porque se configuraron los tres (3) elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la subordinación laboral y la remuneración, y en tal virtud, solicita que se paguen todos los factores salariales como prima técnica y prima de servicios, y todas las prestaciones sociales que devenga un trabajador de planta, en alusión al cargo de Profesional Universitario, Código 219,

Grados 14 y 16.

Específicamente, expresó que la testigo Gloria Eugenia Fernández morales declaró que la actora fungía como trabajadora social de seguimiento de las medidas de protección impartidas por la Comisaría de Familia dentro de los procesos de violencia intrafamiliar, y como mínimo tenía que realizar tres (3) seguimientos antes de concluir el caso.

Sin embargo, dice que, según la misma testigo, los seguimientos no los hacía con autonomía e independencia porque seguía las pautas establecidas por la Secretaría Distrital de Integración Social a través del protocolo de seguimiento a víctimas de violencia intrafamiliar, y además, recibía de la Comisarias de Familia órdenes, instrucciones y directrices sobre la forma y cantidad del trabajo, en cuanto que determinaba cuantas citas diarias y extras en cualquier momento, y ordenaba cerrar cada caso; y también declaró que le constaban las conductas de acoso laboral, como gritos, presiones y descalificativos hacia la demandante.

Adicionalmente, aduce que la testigo en mención declaró que la actora atendía las audiencias de alimentos y de conflictos familiares, realizaba visitas de custodia a favor de niños y adolescentes, y a las víctimas de maltrato infantil, abuso sexual o violencia intrafamiliar, y sin embargo, estaba sujeta a un estricto horario de trabajo que implicaba presentarse en las instalaciones de la Comisaria de Familiar de lunes a viernes a las 7 a.m. a las 4 p.m., sin autonomía e independencia para organizar su agenda de trabajo, porque las audiencias las programaba el Despacho, en cantidad de 7 a 8 audiencias diarias, y solicitar permiso para ausentarse.

Aduce que la testigo en cita también señaló que la actora realizaba las mismas labores de la señora Yolanda Ávila que estaba vinculada a la planta de personal, como Profesional en Trabajo Social, y eran compañeras de trabajo, en el mismo espacio laboral, donde le asignaban los materiales de oficina.

Por su parte, afirma que la testigo Nubia Esperanza Santa Fe Castellanos hizo declaraciones similares a las expresadas por la anterior testigo, y además, expresó que no existía profesional que la reemplazara en la realización de visitas, que las tenía que hacer los viernes así no hubiera camioneta, y que la Comisaria de Familia de Kennedy, Sandra Liliana Cruz, tenía un trato cruel con la actora, al punto de imponerle órdenes que desbordaban la capacidad física o laboral de la profesional y que en la planta de personal existía una Trabajadora Social que realizaba las mismas labores de seguimiento, como actividades misionales y permanentes de las Comisarias de Familia, reguladas por los protocolos de violencia intrafamiliar, además de tener metas de cerramiento de caso, pero los ordenaba cerrar la Comisaria de Familia.

También se refirió al testimonio de Luz Marina Solano Herrera, respecto del cual señaló que relató las mismas circunstancias de la anterior testigo, pero por los años 2010 a 2013, en especial, dice que la testigo expresó que cuando los usuarios no acuden a las Comisarias deben hacer el seguimiento domiciliario en las camionetas de la Secretaría Distrital de Integración Social, y levantar un informe que sirve de base para las decisiones de la Comisaria de Familia.

En resumen, considera que con los anteriores testimonios se acreditó: (i) que la actora desempeñaba funciones misionales y permanentes de seguimiento, sin autonomía e independencia; (ii) cumplía horario; (iii) recibía las ordenes e instrucciones de un jefe inmediato; (iv) aplicaba protocolos de la entidad para realizar las labores; (v) falta de autonomía para ausentarse del trabajo; (vi) el uso de indumentarias o insignias de la entidad; (vii) la existencia de Trabajadores Sociales en la planta de personal, quienes realizaban las mismas labores de la actora; (viii) siempre desempeñó el mismo cargo que describe como Trabajadora Social de Seguimiento de las Comisarias de Familia.

En cuanto a la prueba documental señala que acredita haber prestado los servicios profesionales como trabajadora social de Comisaría de Familia

de la Secretaría Distrital de Integración Social entre el 9 de febrero de 2010 y el 17 de julio de 2018, de acuerdo a los contratos de prestación de servicios, porque la interrupción entre uno y otro contrato no superó los treinta (30) días, y su objeto indica la necesidad de permanencia y continuidad de la labor contratada, inherente al objeto misional de la entidad.

Agrega que la Subdirectora de Gestión y Desarrollo del Talento Humano de la Secretaría Distrital de Integración Social, mediante respuesta del 10 de septiembre de 2021 señaló que en los manuales de funciones para los años 2016, 2017 y 2018 existía la ficha para Trabajador Social en Comisaría de Familia, denominado Profesional Universitario Código 2019, con grados 09, 11 y 16.

Detalla que en el manual de funciones contenido en la Resolución 269 del 26 de junio de 2007 se encuentra el empleo denominado Profesional Universitario Código 219, Grado 20, en las cuales se describen las funciones de visitas domiciliarias, intervenir en audiencias, apoyar al Comisario y realizar seguimiento a los casos; y el requisito es tener título en Trabajo Social o Psicología, al igual que los Profesionales Universitarios Código 219, Grado 14 y Grado 04.

Por su parte, en la Resolución 1387 del 10 de octubre de 2016 advierte como cargo similar el de Profesional Universitario 219-16, mientras que en la Resolución 1498 de 23 de julio de 2019 está el cargo de Profesional Universitario 219-16, por lo cual concluye existe equidad o similitud de funciones con las desempeñadas por la actora, quien demostró que ostenta el título de Trabajadora Social.

De otro lado, indicó que obran los inventarios de bienes de los años 2014 y 2015, la queja disciplinaria por acoso laboral contra la Comisaria de Familia Sandra Liliana Cruz, que sumado a las declaraciones de los testigos en igual sentido, demuestran el grado de subordinación, por las órdenes e instrucciones en contra del trato digno, que tuvo consecuencias

médicas.

Citó los artículos 83 y 84 de la Ley 1098 de 2006, que establecen las funciones a cargo de las Comisarias de Familia, y el Acuerdo Distrital 229 de 2006 que dispone los equipos de trabajo en dichas dependencias

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del **9 de abril de 2021**, allegado vía correo electrónico, expresó que el asunto gira en torno a establecer si están acreditados los elementos de una relación laboral, o contrato realidad, sin embargo, considera que las pruebas aportadas sólo permiten inferir que la demandante tuvo una relación contractual, y como no se practicaron más pruebas, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues no se acreditaron los hechos narrados con la demanda.

4.3. Agente del Ministerio Público.

La señora Agente del Ministerio público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones propuestas por el extremo demandado, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción de **prescripción de cada uno de los contratos**, se precisa que será resuelta en acápite posterior de este escrito y en cuanto a la **genérica**, se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 6 de abril de 2021, no se encontraron excepciones que

debieran ser declaradas en oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante que sustenta los hechos y pretensiones:

5.2.1. Documentales.

5.2.1.1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Zoraida Ariza Ariza.

5.2.1.2. Título de Trabajador Social conferido a Zoraida Ariza Ariza, el 25 de junio de 1993 por la Institución Universitaria Colegio Mayor de Cundinamarca y Acta de Grado 58 de igual fecha.

5.2.1.3. Tarjeta profesional de Trabajadora Social a nombre de Zoraida Ariza Ariza, Código de 1256954112-1, expedida por Consejo Nacional de Trabajo Social.

5.2.1.4. Título de Especialista en Gerencia Social conferido a Zoraida Ariza Ariza el 20 de junio de 1998 por la Universidad Antonio Nariño – Escuela de Post-Grado, y Acta de Grado 86 de igual fecha.

5.2.1.5 Certificado del 29 de noviembre de 2018, por medio del cual la Subdirectora de Contratación de la Secretaría de Integración Social señala que Zoraida Ariza Ariza suscribió varios contratos de prestación de servicios que relaciona así:

CONTRATO	FECHA	PLAZO	INICIO	TERMINACIÓN	VALOR
2524	28/01/10	11 MESES	09/02/2010	30/01/2011	33.153.120
1175	01/02/11	12 MESES	04/02/2011	03/05/2012	36.167.040
3470	18/05/12	7 MESES	24/05/2012	23/03/2013	21.730.100
817	12/02/13	11 MESES	26/03/2013	25/02/2014	35.002.000
1768	18/01/14	11 MESES	27/02/2014	26/01/2015	35.877.600

2383	27/01/15	12 MESES	28/01/2015	27/01/2016	40.308.000
347	25/01/16	10 MESES	01/02/2016	21/01/2017	33.590.000
2364	10/02/17	10 MESES	14/02/2017	13/12/2017	34.930.000
8859	06/12/17	7 MESES	18/12/2017	17/07/2018	24.451.000

En el citado certificado se describe el objeto social en los siguientes términos:

CONTRATOS	OBJETO
2524	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR SOCIAL EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA, CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES “CAVIDS”, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR “CAVIF”, PARA LA ATENCIÓN Y ORIENTACIÓN INTERDISCIPLINARIA A NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y DEMAS MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR QUE ACCEDE A LA JUSTICIA FAMILIAR, QUE CONLLEVEN A LA REPARACIÓN, PROTECCIÓN, Y RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE LES HAN SIDO VULNERADOS Y ATENDER LOS REQUERIMIENTO DEL EQUIPO INTERDISCIPLINARIO DE LA MISMA”.
1175	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR SOCIAL PARA LA ATENCIÓN Y ORIENTACIÓN A NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR QUE ACCEDEN A LA JUSTICIA FAMILIAR, EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA, EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VICTIMAS DE ABUSO SEXUAL – CAIVAS, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – CAVIF, QUE CONLLEVEN A LA REPARACIÓN, PROTECCIÓN Y RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE LES HAN SIDO VULNERADOS”.
3470	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR SOCIAL PARA LA ATENCIÓN Y ORIENTACIÓN INTERDISCIPLINARIA A NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR QUE ACCEDEN A LA JUSTICIA FAMILIAR, EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA, EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VICTIMAS DE ABUSO SEXUAL – CAIVAS, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – CAVIF, QUE CONLLEVEN A LA REPARACIÓN, PROTECCIÓN Y RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE LES HAN SIDO VULNERADOS”.
817	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR (A) SOCIAL PARA EL SEGUIMIENTO Y ORIENTACIÓN INTEGRAL INTERDISCIPLINARIA A NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR QUE ACCEDEN A LA JUSTICIA FAMILIAR, EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA, EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VICTIMAS DE ABUSO SEXUAL – CAIVAS, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – CAVIF, QUE CONLLEVEN A LA REPARACIÓN, PROTECCIÓN Y RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE LES HAN SIDO VULNERADOS”.
1768	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR(A) SOCIAL PARA EL SEGUIMIENTO A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ASI COMO PARA LA ORIENTACIÓN INTEGRAL INTERDISCIPLINARIA A NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR QUE ACCEDEN A LA JUSTICIA FAMILIAR, EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA, EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VICTIMAS DE ABUSO SEXUAL – CAIVAS, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – CAVIF, QUE CONLLEVEN A LA REPARACIÓN,

	PROTECCIÓN, Y RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE LES HAN SIDO VULNERADOS”.
2383	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR/A SOCIAL PARA REALIZAR ATENCIÓN A LOS CONFLICTOS FAMILIARES, ASÍ COMO VISITAS DOMICILIARIAS Y HACER SEGUIMIENTO A LAS ACTUACIONES DE LA COMISARIA DE FAMILIA, EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL-CAIVAS, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-CAVIF O EN EL CENTRO DE ATENCIÓN PENAL INTEGRAL A VÍCTIMAS-CAPIV.”
347	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADORA SOCIAL PARA REALIZAR ATENCIÓN A LOS CONFLICTOS FAMILIARES, ASÍ COMO VISITAS DOMICILIARIAS Y HACER SEGUIMIENTO A LAS ACTUACIONES DE LA COMISARIA DE FAMILIA, EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL-CAIVAS, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-CAVIF O EN EL CENTRO DE ATENCIÓN PENAL INTEGRAL A VÍCTIMAS-CAPIV.”
2364	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR/A SOCIAL, PARA REALIZAR EL SEGUIMIENTO A LOS CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, MALTRATO INFANTIL Y/O VIOLENCIA SEXUAL HACIA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA.”
8859	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR/A SOCIAL, PARA REALIZAR EL SEGUIMIENTO A LOS CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, Y/O VIOLENCIA SEXUAL HACIA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA.”

5.2.1.6. Carpetas digitales de los contratos prestación de servicios con anexos, así:

CONTRATO	ANEXOS
2524	Contrato de prestación de servicios Acta de modificación del contrato de prestación de servicios de 20 de diciembre de 2010, en el sentido de prorrogar el plazo de ejecución en veintidós (22) días calendarios, contados a partir del vencimiento del término contractual previsto desde la fecha de suscripción del acta de inicio. Acta de liquidación del contrato de 5 de abril de 2011
1175	Contrato de prestación de servicios. Acta de modificación del contrato de prestación de servicio, suscrita el 24 de enero de 2012, en el sentido de prorrogar el plazo de ejecución por tres (3) meses, contados a partir del vencimiento del término contractual previsto desde la fecha de suscripción del acta de inicio. Acta de liquidación del contrato de 24 de agosto de 2012.
3470	Contrato de prestación de servicios Acta de inicio suscrita el 24 de mayo de 2012 Actas de modificación del contrato de prestación de servicios, con las siguientes prorrogas de 2 meses conforme a la justificación anexa, y por un mes contados a partir del vencimiento del término contractual previsto desde la fecha de suscripción del acta de inicio. Justificación de modificaciones contractuales.
817	Solicitud de contratación directa por prestación de servicios

	Estudios previos de contratación Documentos del contratista Acta de inicio suscrita el 26 de marzo de 2013 Informes mensuales de supervisión
1768	Acta de inicio suscrita el 27 de febrero de 2014 Solicitud de contratación Estudios previos de contratación Documentos de la contratista Informes mensuales de supervisión
2383	Acta de inicio suscrita el 28 de enero de 2015 Solicitud de contratación Estudios previos Documentos de la contratista Informes mensuales de supervisión
347	Contrato de prestación de servicios Acta de inicio suscrita el 1° de febrero de 2016 Acta de modificación del contrato de prestación de servicio, suscrita el 12 de octubre de 2016, en el sentido de prorrogar el plazo de ejecución por 1 mes y 21 días calendario, contados a partir del vencimiento del término contractual previsto desde la fecha de suscripción del acta de inicio. Informes mensuales de supervisión
2364	Acta de inicio suscrita el 14 de febrero de 2017 Contrato de prestación de servicios Informes mensuales de supervisión
8859	Contrato de prestación de servicios profesionales Acta de inicio suscrita el 18 de diciembre de 2017 Informes mensuales de supervisión

5.2.1.7. Petición elevada por la actora el 30 de enero de 2019, radicado E2019004148, por medio de la cual solicitó a la entidad demandada la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho.

5.2.1.8. Oficio con radicado S2019011105 de 7 de febrero de 2019, por medio del cual la Subdirectora de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social negó la petición con radicado E2019004148, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 1082 de 2015.

5.2.1.9. Recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto el 19 de febrero de 2019, con radicado E2019008007, contra el Oficio

S2019011105 del 7 de febrero de 2019.

5.2.1.10. Oficio Rad. S2019024991 de 15 de marzo de 2019, por medio del cual la Subdirectora de Contratación de la Secretaría de Integración Social resolvió el recurso de reposición en el sentido de confirmar el Oficio primigenio, previa consideración de que no procedía el recurso subsidiario de apelación.

5.2.1.11. Formularios de recibimiento y entrega de bienes suscrito por Zoraida Ariza Ariza.

5.2.1.12. Registro en la Oficina de Correspondencia de la queja disciplinaria radicada el 22 de marzo de 2018, con trámite 2018ER478656, interpuesta por Zoraida Ariza Ariza contra la Comisaria de Familia Sandra Liliana Cruz Martínez por acoso laboral.

5.2.1.13. Queja con radicado 13983 de 22 de marzo de 2018 impreso por la Subdirección de Gestión de Desarrollo de Talento Humano, suscrito por Zoraida Ariza Ariza, y dirigido a la Subdirectora para la Familia, el cual también se radicó Procuraduría General de la Nación y la Personería de Bogotá.

5.2.1.14. Página de Historia Clínica de la actora.

5.2.1.15. Memorial con radicado 21538 del 9 de mayo de 2018 ante la Subdirección de Gestión de Desarrollo de Talento Humano, por medio del cual Zoraida Ariza Ariza, solicita la aprobación del traslado y formalización de la incapacidad médica urgente.

5.2.1.16. Oficio del 21 de mayo de 2018, por medio del cual la Procuraduría Segunda Distrital trasladó por competencia la queja de abuso laboral a la oficina del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

5.2.1.17. Oficio del 4 de julio de 2018 por medio del cual el Coordinador

del Grupo de Resolución de Conflictos y Conciliaciones del Ministerio del Trabajo remite por competencia la queja por abuso laboral a la Procuraduría General de la Nación.

5.2.1.18. Oficios con radicados 87262 del 16 de julio de 2018 y 75937 del 15 de agosto de 2018, por medio de los cuales el Comité de Convivencia Laboral de la Subdirección de Gestión de Desarrollo de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Integración Social, le informa a Zoraida Ariza Ariza que los contratistas no son sujetos pasivos ni activos de acoso laboral, y en lugar, ofrece la opción de presentar queja disciplinaria.

5.2.1.19. Oficio con radicado S2021064054 del 8 de julio de 2021, por medio del cual la Subdirectora de Gestión y Desarrollo del Talento Humano reporta la siguiente información: los emolumentos generales devengados por personal de la Secretaría Distrital de Integración Social; que la prima técnica se reconoce conforme a los Decretos Distritales 491 de 1990 y 320 de 1995; que en la planta de personal existen 102 empleados con la profesión de Trabajador Social, sin embargo, los manuales de funciones no tienen contemplado el cargo de Trabajador Social.

5.2.1.20. Oficio con radicado I2021021989 del 26 de julio de 2021, por medio del cual la Subdirectora para la Familia de la Secretaría Distrital de Integración Social señala que *“en la planta de personal de la Secretaría Distrital de Integración Social no existe un empleo denominado Trabajador Social, ahora bien, existe un empleo, Profesional Universitario código 219 grado 16, cuyo requisito de formación académica para los años descritos en el requerimiento, correspondía al título profesional en la disciplina académica de Trabajo Social, NBC Sociología, Trabajo Social y afines”*, y por otra parte, indica los documentos del trámite de la queja por acoso laboral como son: Acta No. 001 de 8 de febrero de 2018 de la reunión del equipo de trabajo de la Comisaria de Familia de Kennedy, Acta de 23 de marzo de 2019 de Socialización queja anónima, solicitudes de traslado, informe de supervisión, mejoramiento y cumplimiento de obligaciones, historia clínica.

5.2.1.21. Certificado del 10 de septiembre de 2021 por medio del cual la Subdirectora de Gestión y Desarrollo de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Integración Social señaló lo siguiente:

“Que en los manuales de funciones vigentes en la Secretaría Distrital de Integración Social para los años 2016, 2017 y 2018 existían las siguientes fichas para Trabajador Social en Comisarias de Familia de acuerdo con los requisitos de formación académica y funciones a desempeñar así:

*ÁREA FUNCIONAL – DIRECCION POBLACIONAL – SUBDIRECCIÓN
PARA LA FAMILIA – COMISARIAS DE FAMILIA*

*Profesional Universitario Código 219, Grado 16
Profesional Universitario Código 219, Grado 11
Profesional Universitario Código 219, Grado 09”*

5.2.1.22. Resolución No. 629 del 26 de junio de 2007 *“Por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la planta de empleos de la Secretaría Distrital de Integración Social”*.

5.2.1.23. Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Secretaría Distrital de Integración Social de 2016, correspondiente a la Resolución 1387 del 10 de octubre de 2016.

5.2.1.24. Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Secretaría Distrital de Integración Social de 2019, correspondiente a la Resolución No.1498 de 23 de julio de 2019.

5.2.1.25. Resolución No. 176 del 23 de enero de 2020 *“Por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la planta de empleos de la Secretaría Distrital de Integración Social”*.

5.2.2 Testimoniales.

5.1.2.1 Grabación de las declaraciones de las señoras GLORIA EUGENIA FERNÁNDEZ MORALES, NUBIA ESPERANZA SANTAFÉ CASTELLANOS Y LUZ MARINA SOLANO, que recepcionó el Juzgado en audiencia del 26 de

agosto de 2021 y Acta contentiva de dichas declaraciones.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo 6 de abril de 2021, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora ZORAIDA ARIZA ARIZA tiene derecho a que se le reconozca la existencia de un relación laboral desde el 9 de febrero de 2010 hasta el 17 de julio de 2018, tiempo en el que se afirma estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en Bogotá D.C. - Secretaría Distrital de Integración Social, y en consecuencia, si tiene o no derecho al pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral.

5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”*, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

*“**Artículo 2.** Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y **en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales***

funciones¹. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, contempla:

“Artículo 1°.- El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.

Artículo 2°.- Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.

Artículo 3°.- Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

Artículo 4°.- Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes

Artículo 5°.- Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.

Artículo 7°.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los

¹ La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53² la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II *ibídem*, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en 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. 125.- 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 (...)”.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, en el numeral 3° del artículo 32, determinó:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

² ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”³

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

³ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

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

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la

realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el 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, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.”(Negrillas del Despacho)

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presenta: i) una prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia y iii) el salario.

Sobre el particular, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica

cuando se constata en juicio la continua prestación de 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 laborales⁴.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁵ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).

Posteriormente, dicha Corporación Judicial -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios, sostuvo:

“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios

95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de

⁴ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada».

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica,

no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcionarial. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente”.

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

“2.3.3.2. Subordinación continuada

*102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye **el elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.*

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida– ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

*104. i) **El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.*

*105. ii) **El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.*

*106. iii) **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre*

las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral”.

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

“2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.”

Así mismo, en canto a la remuneración, afirmó:

“2.3.3.4. Remuneración

“110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”.

5.4. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

5.4.1. De la solicitud de tacha de testimonio

El apoderado de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonios llevada a cabo el 26 de agosto de 2021, tachó la imparcialidad del testimonio de la señora NUBIA ESPERANZA SANTAFÉ CASTELLANOS, en razón a que los sentimientos revelan la indisposición hacia la Comisaria de Familia que fungía como tal cuando la demandante prestó sus servicios.

Descorrido el traslado de tal solicitud, el apoderado de la parte demandante se opuso a la tacha porque los maltratos de la Comisaria de Familia no se manifiestan respecto de la testigo, sino sólo frente a la demandante.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.*

A su vez, dicha normativa preceptúa que la tacha deberá formularse con la expresión de las razones en que se funda, sin que se especifique si la misma deba hacerse antes, durante o después de la deposición y prevé que dicha solicitud se resolverá en la sentencia de acuerdo con las

circunstancias de cada caso.

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento Civil⁶, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

En ese sentido, advierte el Despacho que, en efecto, la señora Nubia Esperanza Santafé Castellanos en su declaración señaló que existía un trato descortés de la Comisaria de Familia hacia la demandante; sin embargo, dicha circunstancia no le resta mérito probatorio a su declaración, toda vez que su testimonio fue rendido bajo la gravedad de juramento, amén que los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, la versión rendida por el deponente no resulta parcializada ni afecta su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación de la actora con la entidad demandada como compañera de trabajo que conoció de forma directa la manera como esta desarrolló su labor, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que la tacha formulada, es infundada y, en consecuencia, dicha declaración será valorada por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

5.5. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, la señora Zoraida Ariza Ariza reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en que prestó sus servicios en las Comisarias de Familia de la Secretaría Distrital de Integración Social.

⁶ Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192.

Por su parte, la entidad demandada mediante el Oficio S2019011105 de 7 de febrero de 2019, negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que la relación sostenida con la actora obedeció a los contratos de prestación de servicios suscritos y, por lo tanto, no le asiste el derecho a reclamar dichas prestaciones, decisión que se confirmó por medio del Oficio Rad. S2019024991 del 15 de marzo de 2019.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si en el caso que nos ocupa, se configuran los elementos estructurales de una relación laboral, como lo son: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** el salario como retribución del servicio. **iii)** y la subordinación o dependencia

i) Prestación personal del servicio.

Sobre el particular, cabe resaltar que de la certificación expedida el 29 de noviembre de 2018, por la Subdirectora de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social, quedó plenamente demostrado que la demandante prestó sus servicios a dicha Secretaría, que al armonizarla con la información que reposa en las carpetas contractuales digitales aportadas al plenario, permite establecer los tiempos contractuales acordados entre las partes, como se observa en la siguiente tabla:

CONTRATO	FECHA	PLAZO	INICIO	TERMINACIÓN	VALOR
2524	28/01/10	11 MESES	09/02/2010	30/01/2011	33.153.120
1175	01/02/11	12 MESES	04/02/2011	03/05/2012	36.167.040
3470	18/05/12	7 MESES	24/05/2012	23/03/2013	21.730.100
817	12/02/13	11 MESES	26/03/2013	25/02/2014	35.002.000
1768	18/01/14	11 MESES	27/02/2014	26/01/2015	35.877.600
2383	27/01/15	12 MESES	28/01/2015	27/01/2016	40.308.000
347	25/01/16	10 MESES	01/02/2016	21/01/2017	33.590.000
2364	10/02/17	10 MESES	14/02/2017	13/12/2017	34.930.000
8859	06/12/17	7 MESES	18/12/2017	17/07/2018	24.451.000

En este sentido, se encuentra demostrado que la prestación personal del servicio transcurrió del **9 de febrero de 2010 al 17 de julio de 2018**, y según su objeto contractual, el servicio prestado se ejecutaba dentro del marco de los programas de atención a la familia, como se relaciona a

continuación:

CONTRATOS	OBJETO
2524	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR SOCIAL EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA, CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VICTIMAS DE DELITOS SEXUALES “CAVIDS”, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR “CAVIF”, PARA LA ATENCIÓN Y ORIENTACIÓN INTERDISCIPLINARIA A NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y DEMAS MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR QUE ACCEDE A LA JUSTICIA FAMILIAR, QUE CONLLEVEN A LA REPARACIÓN, PROTECCIÓN, Y RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE LES HAN SIDO VULNERADOS Y ATENDER LOS REQUERIMIENTO DEL EQUIPO INTERDISCIPLINARIO DE LA MISMA”.
1175	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR SOCIAL PARA LA ATENCIÓN Y ORIENTACIÓN A NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR QUE ACCEDEN A LA JUSTICIA FAMILIAR, EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA, EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VICTIMAS DE ABUSO SEXUAL – CAIVAS, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – CAVIF, QUE CONLLEVEN A LA REPARACIÓN, PROTECCIÓN Y RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE LES HAN SIDO VULNERADOS”.
3470	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR SOCIAL PARA LA ATENCIÓN Y ORIENTACIÓN INTERDISCIPLINARIA A NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR QUE ACCEDEN A LA JUSTICIA FAMILIAR, EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA, EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VICTIMAS DE ABUSO SEXUAL – CAIVAS, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – CAVIF, QUE CONLLEVEN A LA REPARACIÓN, PROTECCIÓN Y RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE LES HAN SIDO VULNERADOS”.
817	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR (A) SOCIAL PARA EL SEGUIMIENTO Y ORIENTACIÓN INTEGRAL INTERDISCIPLINARIA A NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR QUE ACCEDEN A LA JUSTICIA FAMILIAR, EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA, EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VICTIMAS DE ABUSO SEXUAL – CAIVAS, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – CAVIF, QUE CONLLEVEN A LA REPARACIÓN, PROTECCIÓN Y RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE LES HAN SIDO VULNERADOS”.
1768	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR(A) SOCIAL PARA EL SEGUIMIENTO A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ASI COMO PARA LA ORIENTACIÓN INTEGRAL INTERDISCIPLINARIA A NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR QUE ACCEDEN A LA JUSTICIA FAMILIAR, EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA, EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VICTIMAS DE ABUSO SEXUAL – CAIVAS, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – CAVIF, QUE CONLLEVEN A LA REPARACIÓN, PROTECCIÓN, Y RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE LES HAN SIDO VULNERADOS”.
2383	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR/A SOCIAL PARA REALIZAR ATENCIÓN A LOS CONFLICTOS FAMILIARES, ASÍ COMO VISITAS DOMICILIARIAS Y HACER SEGUIMIENTO A LAS ACTUACIONES DE LA COMISARIA DE FAMILIA, EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL-CAIVAS, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VICTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-CAVIF O EN EL CENTRO DE ATENCIÓN PENAL INTEGRAL A VÍCTIMAS-CAPIV.”

347	<i>“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADORA SOCIAL PARA REALIZAR ATENCIÓN A LOS CONFLICTOS FAMILIARES, ASÍ COMO VISITAS DOMICILIARIAS Y HACER SEGUIMIENTO A LAS ACTUACIONES DE LA COMISARIA DE FAMILIA, EL CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL A VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL-CAIVAS, O EL CENTRO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-CAVIF O EN EL CENTRO DE ATENCIÓN PENAL INTEGRAL A VÍCTIMAS-CAPIV.”</i>
2364	<i>“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR/A SOCIAL, PARA REALIZAR EL SEGUIMIENTO A LOS CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, MALTRATO INFANTIL Y/O VIOLENCIA SEXUAL HACIA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA.”</i>
8859	<i>“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO TRABAJADOR/A SOCIAL, PARA REALIZAR EL SEGUIMIENTO A LOS CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, Y/O VIOLENCIA SEXUAL HACIA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LAS COMISARIAS DE FAMILIA.”</i>

Así las cosas, se encuentra demostrado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se señaló en los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión parcial o total de los derechos u obligaciones emanados de los mismos, sin contar con la autorización previa y escrita de la entidad.

ii) Remuneración por el trabajo cumplido.

Sobre el particular, advierte el Despacho que, en cada uno de los contratos de prestación de servicios, suscritos entre la señora Zoraida Ariza Ariza y la Secretaría Distrital de Integración Social, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, previo visto bueno por parte del supervisor del contrato.

En estos términos, el Despacho estima probado el elemento de la remuneración, máxime cuando uno de los argumentos de la entidad, durante su defensa, ha sido que no quedaron pagos pendientes de realizar con ocasión de la ejecución de los aludidos contratos de prestación de servicios.

iii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, afirma el apoderado de la actora que su representada ejecutó el objeto de la Secretaría Distrital

de Integración Social, establecido por medio del Decreto Distrital 607 de 2007, dado que prestaba el servicio de trabajadora social en las Comisarias de Familia bajo subordinación o dependencia, a lo cual se opuso la Secretaría, en cuanto que estimó no probado dicho supuesto como elemento esencial de la relación laboral.

Al respecto, el Decreto Distrital 607 de 2007 señala que la Secretaría Distrital de Integral Social tiene como su misión prestar servicios sociales básicos a la población vulnerable, en los siguientes términos:

“Artículo 1°. Objeto. La secretaría distrital de integración social, tiene por objeto orientar y liderar la formulación y el desarrollo de políticas de promoción, prevención, protección, restablecimiento y garantía de los derechos de los distintos grupos poblacionales, familias y comunidades, con especial énfasis en la prestación de servicios sociales básicos para quienes enfrentan una mayor situación de pobreza y vulnerabilidad. Así como, prestar servicios sociales básicos de atención a aquellos grupos poblacionales que además de sus condiciones de pobreza se encuentran en riesgo social, vulneración manifiesta o en situación de exclusión social.

Artículo 2°. Funciones. La Secretaría Distrital de Integración Social, tendrá las siguientes funciones básicas:

- a) Formular, orientar y desarrollar políticas sociales, en coordinación con otros sectores, organismos o entidades, para los distintos grupos poblacionales, familias y comunidades, en especial de aquellos en mayor situación de pobreza y vulnerabilidad y promover estrategias que permitan el desarrollo de sus capacidades.*
- b) Dirigir la ejecución de planes, programas y proyectos de restablecimiento, prevención, protección y promoción de derechos de las personas, familias y comunidades, en especial aquellas de mayor situación de pobreza y vulnerabilidad.*
- c) Establecer objetivos y estrategias de corto, mediano y largo plazo, para asegurar la prestación de servicios básicos de bienestar social y familiar a la población objeto.*
- d) Desarrollar políticas y programas para la rehabilitación de las poblaciones vulnerables en especial habitantes de la calle y su inclusión a la vida productiva de la ciudad.*
- e) Ejercer las funciones de certificación, registro y control asignadas al Departamento Administrativo Bienestar Social en las disposiciones vigentes y las que le sean asignadas en virtud de normas nacionales o distritales”.*

Ahora bien, el Decreto mencionado estableció una estructura organizacional para el cumplimiento del objeto de la citada Secretaría, la cual contiene una “DIRECCIÓN POBLACIONAL”, conformada, entre otras

dependencias, por la Subdirección para la Familia, cuyas funciones se encuentran establecidas en el artículo 26, norma que es del siguiente tenor literal:

“Artículo 26°. Subdirección para la Familia. Son funciones de la Subdirección para la Familia de la Secretaría Distrital de Integración Social, las siguientes:

a) Apoyar a la Dirección Poblacional en la planeación, diseño, ejecución, supervisión, control, evaluación y sistematización de las estrategias, programas, proyectos y servicios que se prestan directamente o a través de convenios o contratos con organizaciones públicas o privadas a las familias en situación de vulnerabilidad conforme la misión de la entidad, por medio de los proyectos a cargo de esta Subdirección.

b) Apoyar a la Dirección Poblacional en la planificación de los insumos y recursos requeridos para la correcta ejecución de los planes, programas, proyectos y servicios dirigidos a las familias en situación de vulnerabilidad.

c) Participar en la formulación de planes, programas y proyectos relativos a la promoción, prevención y protección integral de los derechos de las personas víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar, así como también, es responsable de la atención de los niños y niñas y víctimas de violencia intrafamiliar y explotación sexual, en el marco de los proyectos ejecutados por la entidad para la atención de los grupos poblacionales afectados por estas problemáticas.

d) Dirigir la gestión de las comisarias de familia a fin de que estas garanticen el acceso a la justicia familiar y la aplicación de medidas de protección de acuerdo con las competencias legales de prevención, protección y policivas, en el marco de la legislación vigente de infancia y de familia.

e) Participar en la formulación de planes, programas y proyectos para la atención y trámite de demandas y/o denuncias relativas a la protección de niños y víctimas de violencia intrafamiliar, delitos sexuales y explotación infantil.

f) Asistir a la Dirección Poblacional en el diseño, planeación, ejecución y evaluación de medidas tendientes a multiplicar mecanismos que permitan prevenir, reducir y evitar las causas de la violencia intrafamiliar, los delitos sexuales y sus consecuencias.

g) Establecer los métodos y procedimientos para verificar y evaluar la operación de los programas, proyectos y servicios de su área en el marco de los lineamientos políticos, enfoques, estrategias, procesos y procedimientos definidos por la entidad para la atención de el-los grupos poblacionales a su cargo.”.

Se desprende de las normas transcritas que, en materia de familia, a la Dirección de Población de la Secretaría Distrital de Integración Social le

corresponde diseñar y ejecutar los planes, programas y proyectos de promoción, prevención y protección integral de los derechos de personas, los niños y niñas y víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar, así como dirigir la gestión de las Comisarías de familia a fin de que estas garanticen el acceso a la justicia familiar y la aplicación de medidas de protección para esta clase poblacional.

Ahora bien, al ir a los objetos contractuales arriba transcritos, se aprecia que la actora formaba parte de los equipos que se encargaban de ejecutar los proyectos para la atención de la niñez y, en su calidad de trabajadora social, debía realizar atención a los conflictos familiares, así como visitas domiciliarias y hacer seguimiento a las actuaciones de las Comisarías de familia, del centro de atención integral a víctimas de abuso sexual-CAIVAS-, del Centro de atención a víctimas de violencia intrafamiliar – CAVIF y del Centro de Atención Penal Integral a víctimas – CAPIV-, bajo los protocolos de violencia intrafamiliar establecidos por la Secretaría Distrital de Integración Social.

En ese sentido, la actora desarrollaba el objeto misional de la entidad, pues el Decreto Distrital 607 de 2007 concibió la Subdirección para la familia no sólo para que planeara, sino además, prestara los servicios sociales básicos de atención a aquellos grupos poblacionales que además de sus condiciones de pobreza se encuentran en riesgo social, vulneración manifiesta o en situación de exclusión social, entre otras, a través de las Comisarías de Familia, en las cuales la actora prestó sus servicios.

Ahora bien, la Secretaria Distrital de Integración Social, mediante Oficio con radicado I2021021989 del 26 de julio de 2021, expresó que “*en la planta de personal de la Secretaría Distrital de Integración Social no existe un empleo denominado Trabajador Social*”; sin embargo afirmó que al cargo de Profesional Universitario Código 219, Grados 16 y 14, se le exige el título profesional de **Trabajador Social y afines**. Posteriormente, mediante el certificado del 10 de septiembre de 2021, la Subdirectora de Gestión y Desarrollo de Talento Humano de la Secretaria Distrital de

Integración Social, señaló que los cargos que con fichas para Trabajador Social en Comisarias de Familia, en los años 2016, 2017 y 2018, correspondía a cargos de Profesional Universitario Código 219, Grados 16, 11 y 09, según el respectivo Manual de Funciones.

Como puede verse, tanto la Subdirectora para la Familia, como la Subdirectora de Gestión y Desarrollo de Talento Humano, una y otra de la Secretaría Distrital de Integración Social, coinciden en que existe un cargo denominado Profesional Universitario, que coincide en el código 219, Grados, 16, 14, 11 y 09, a los cuales se les exige específicamente tener el título de Trabajador Social.

Así las cosas, como la actora prestó servicios entre el **9 de febrero de 2010 y el 17 de julio de 2018**, se procederá a establecer si en dicho periodo de tiempo ejerció las mismas funciones del cargo de Profesional Universitario Código 219- Grados 16, 14, 11 y 09, con base en los Manuales de Funciones adoptados mediante las Resoluciones Nos.629 de 2007 y 1387 de 2017.

Bajo la Resolución No 629 del 26 de junio de 2007⁷, el empleo de **Profesional Universitario-Código 219 grado 14**, destinado a las Comisarias de Familia, exclusivamente con la profesión de Trabajador Social tenía definido sus funciones, así:

PROPÓSITO PRINCIPAL

Contribuir a la protección, defensa y restablecimiento de los derechos de los niños-as, jóvenes y demás usuarios, mediante la realización de diagnósticos sociales, visitas domiciliarias, investigaciones socio familiares, la concertación de alternativas de solución, procesos formativos familiares y grupales, desarrollando procesos de seguimiento, acompañamiento y prevención.

DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

*1. Realizar estudios sociales, **visitas domiciliarias e investigaciones sociofamiliares que requiera el Comisario y elaborar los informes respectivos** de acuerdo al formato establecido, para definir la situación de los niños y niñas y demás integrantes de la familia.*

*2. **Intervenir en audiencia** los casos por conflictos familiares, relación de pareja, relación entre padres e hijos, relación entre hermanos u otros*

⁷ “Por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la planta de empleos de la Secretaría Distrital de Integración Social”.

integrantes de la familia para concertación de alternativas de solución, suscribiendo con las partes Acta de Compromiso de comportamiento.

3. *Realizar el diagnóstico de cada una de las dinámicas de las familias atendidas, en cuanto a la probabilidad de respuesta violenta, con el objeto de ofrecer una atención acorde a cada caso, en la cual se asuman responsabilidades en las causas de la problemática y en los compromisos a adquirir para superarla.*

4. *Realizar por escrito en el **Registro Único de Gestión**, todas las actuaciones e intervenciones del área de trabajo social.*

5. *Realizar programas, elaborar proyectos de prevención intra o extramural conjuntamente con el área interdisciplinario en materia familiar, de acuerdo a las necesidades de la comunidad, teniendo en cuenta el plan de acción anual.*

6. **Apoyar al comisario en la toma de decisiones** frente a las medidas de protección de conformidad a lo establecido en la Ley 294/96 reformada por la Ley 575/00, colaborarle en la práctica de pruebas conforme a su profesión y realizar la orientación e intervención necesaria, a las partes en conflicto.

7. **Apoyar al Comisario y demás profesionales en las audiencias** en las que se requiera, de acuerdo a la conflictividad presente en las partes.

8. **Realizar registros estadísticos e indicadores de gestión, elaborar y presentar los informes** de acuerdo a su disciplina que sean requeridos.

9. **Desarrollar el trabajo interinstitucional local**, con el fin aunar esfuerzos para brindar una atención más integral a niños y niñas y a la familia buscando restablecer los derechos vulnerados consagrados en la Constitución Política y en el Código del Menor.

10. *Organizar y supervisar las prácticas profesionales de trabajo social de las diferentes universidades, de acuerdo al número de estudiantes asignados por localidad.*

11. **Realizar seguimiento de casos atendidos por ésta área**, que lo ameriten, en especial aquellos relacionados con conflictos familiares, con el fin de verificar el fortalecimiento de los factores de protección y la disminución de los factores de riesgo, así como revisar el cumplimiento de los convenios adquiridos y firmados en las actas de compromiso de comportamiento.

12. *Llevar la sistematización de los estudios e investigaciones realizadas por el área de trabajo social, para que sirvan como línea de base para otros proyectos de desarrollo de la institución.*

13. *Realizar programas, elaborar proyectos de prevención intra o extramural conjuntamente con el área interdisciplinario en materia familiar, de acuerdo a las necesidades de la comunidad, teniendo en cuenta el plan de acción anual.*

14. **Realizar con el Comisario, el psicólogo, y médico, equipos técnicos de estudio y evaluación de casos**, para determinar las medidas mas convenientes, para la protección de niños y niñas, hombres, mujeres, jóvenes y/o adultos mayores.

15. **Atender en baranda las consultas y orientaciones que los usuarios requieran, así como las situaciones de crisis** por conflictos familiares, relación de pareja, relación entre padres e hijos, relación entre hermanos u otros integrantes de la familia.

16. *Analizar y recomendar acciones que deban adoptarse para el logro de los objetivos y las metas de la dependencia.*

17. **Verificar el cumplimiento de las normas legales y los procedimientos** administrativos establecidos por la Secretaría para el desarrollo de las diferentes actividades y procesos en que participa o que se surten en esta. 18. **Analizar y recomendar acciones** que deban adoptarse para el logro de los objetivos y las metas inherentes al área.

19. **Realizar con calidad la prestación de los servicios de acuerdo con los objetivos planteados en los proyectos de la Subdirección** y la adecuada atención a los usuarios y beneficiarios de los mismos.

20. **Ejercer el autocontrol en todas las funciones que le sean asignadas.**

21. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.

CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES (CRITERIOS DE DESEMPEÑO)

Los informes orientados a definir la situación de los niños-as y demás integrantes de la familia que presenta al Comisario, son oportunos, claros, precisos y soportados técnicamente en estudios sociales, visitas domiciliarias e investigaciones socio familiares.

2. **La intervención que realiza en las audiencias** en casos de conflictos familiares y de relaciones, genera Actas de Compromiso de Comportamiento con alternativas de solución concertadas entre las partes y permiten el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos y la verificación del fortalecimiento de los factores de protección y la disminución de los factores de riesgo.

3. **Los diagnósticos de las dinámicas de las familias atendidas que realiza**, son precisos, claros, pertinentes y soportados técnicamente y permiten establecer la responsabilidad en las causas de los problemas y en los compromisos para superarlos.

4. **La actualización del Registro Único de Gestión** en materia de todas las actuaciones e intervenciones del área de trabajo social y los informes que se le requieren, son claros, oportunos, veraces y se basan en información estadística e indicadores de gestión pertinentes a su disciplina.

5. Los programas y proyectos de prevención intra o extramural que realiza conjuntamente con el área interdisciplinario en materia de familia, responden a las necesidades de la comunidad y están de acuerdo con el Plan Anual.

6. **El apoyo al Comisario y demás profesionales en las audiencias y en la atención en baranda de consultas y orientaciones** que los usuarios requieran que realiza, contribuye eficazmente al restablecimiento de los derechos vulnerados consagrados en la Constitución Política y el código del Menor.

7. La sistematización de los estudios e investigaciones realizados por el área de trabajo social que realiza, sirven como línea de base para otros proyectos de desarrollo de la institución.

8. La organización y supervisión de las prácticas de trabajo social de las universidades que realiza, permite que las prácticas cumplan su propósito de formación de los profesionales y de servicio eficiente y profesional a la Comisaría y por ende a la comunidad.” (negrillas a propósito).

Por su parte, el empleo de **Profesional Universitario-Código 219 grado**

09, destinado a las Comisarias de Familia en calidad de Trabajador Social en cuanto a funciones, dispuso:

“PROPÓSITO PRINCIPAL

*Contribuir a la protección, defensa y restablecimiento de los derechos de los niños-as, jóvenes y demás usuarios, **mediante la realización de diagnósticos sociales, visitas domiciliarias,** investigaciones socio familiares, la concertación de alternativas de solución, procesos formativos familiares y grupales, desarrollando procesos de seguimiento, acompañamiento y prevención.*

DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

- 1. Realizar estudios sociales, **visitas domiciliarias** e investigaciones sociofamiliares que requiera el Comisario y elaborar los informes respectivos de acuerdo al formato establecido, para definir la situación de los niños y niñas y demás integrantes de la familia.*
- 2. **Intervenir en audiencia los casos por conflictos familiares,** relación de pareja, relación entre padres e hijos, relación entre hermanos u otros integrantes de la familia para concertación de alternativas de solución, suscribiendo con las partes Acta de Compromiso de comportamiento.*
- 3. **Realizar el diagnóstico de cada una de las dinámicas de las familias atendidas,** en cuanto a la probabilidad de respuesta violenta, con el objeto de ofrecer una atención acorde a cada caso, en la cual se asuman responsabilidades en las causas de la problemática y en los compromisos a adquirir para superarla.*
- 4. **Realizar por escrito en el Registro Único de Gestión,** todas las actuaciones e intervenciones del área de trabajo social.*
- 5. Realizar programas, elaborar proyectos de prevención intra o extramural conjuntamente con el área interdisciplinario en materia familiar, de acuerdo a las necesidades de la comunidad, teniendo en cuenta el plan de acción anual.*
- 6. **Apoyar al comisario en la toma de decisiones** frente a las medidas de protección de conformidad a lo establecido en la Ley 294/96 reformada por la Ley 575/00, colaborarle en la práctica de pruebas conforme a su profesión y realizar la orientación e intervención necesaria, a las partes en conflicto.*
- 7. **Apoyar al Comisario y demás profesionales en las audiencias** en las que se requiera, de acuerdo a la conflictividad presente en las partes.*
- 8. Realizar registros estadísticos e indicadores de gestión, elaborar y presentar los informes de acuerdo a su disciplina que sean requeridos.*
- 9. **Desarrollar el trabajo interinstitucional local,** con el fin aunar esfuerzos para brindar una atención más integral a niños y niñas y a la familia buscando restablecer los derechos vulnerados consagrados en la Constitución Política y en el Código del Menor.*
- 10. Organizar y supervisar las prácticas profesionales de trabajo social de las diferentes universidades, de acuerdo al número de estudiantes asignados por localidad.*
- 11. **Realizar seguimiento de casos atendidos por ésta área,** que lo ameriten, en especial aquellos relacionados con conflictos familiares, con el fin de verificar el fortalecimiento de los factores de protección y la disminución de*

los factores de riesgo, así como revisar el cumplimiento de los convenios adquiridos y firmados en las actas de compromiso de comportamiento.

12. Llevar la sistematización de los estudios e investigaciones realizadas por el área de trabajo social, para que sirvan como línea de base para otros proyectos de desarrollo de la institución.

13. Realizar programas, elaborar proyectos de prevención intra o extramural conjuntamente con el área interdisciplinario en materia familiar, de acuerdo a las necesidades de la comunidad, teniendo en cuenta el plan de acción anual.

14. **Realizar con el Comisario, el psicólogo, y médico, equipos técnicos de estudio y evaluación de casos**, para determinar las medidas mas convenientes, para la protección de niños y niñas, hombres, mujeres, jóvenes y/o adultos mayores

15. **Atender en baranda las consultas y orientaciones que los usuarios requieran, así como las situaciones de crisis** por conflictos familiares, relación de pareja, relación entre padres e hijos, relación entre hermanos u otros integrantes de la familia.

16. **Analizar y recomendar acciones** que deban adoptarse para el logro de los objetivos y las metas de la dependencia.

17. **Verificar el cumplimiento de las normas legales y los procedimientos administrativos** establecidos por la Secretaría para el desarrollo de las diferentes actividades y procesos en que participa o que se surten en esta.

18. Analizar y recomendar acciones que deban adoptarse para el logro de los objetivos y las metas inherentes al área.

19. Realizar con calidad la prestación de los servicios de acuerdo con los objetivos planteados en los proyectos de la Subdirección y la adecuada atención a los usuarios y beneficiarios de los mismos.

20. **Ejercer el autocontrol en todas las funciones que le sean asignadas.**

21. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.

CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES (CRITERIOS DE DESEMPEÑO)

1. Los **informes orientados a definir la situación** de los niños-as y demás integrantes de la familia que presenta al Comisario, son oportunos, claros, precisos y soportados técnicamente en estudios sociales, visitas domiciliarias e investigaciones socio familiares.

2. **La intervención que realiza en las audiencias en casos de conflictos familiares y de relaciones**, genera Actas de Compromiso de Comportamiento con alternativas de solución concertadas entre las partes y permiten el seguimiento del cumplimiento de los acuerdos y la verificación del fortalecimiento de los factores de protección y la disminución de los factores de riesgo.

3. Los diagnósticos de las dinámicas de las familias atendidas que realiza, son precisos, claros, pertinentes y soportados técnicamente y permiten establecer la responsabilidad en las causas de los problemas y en los compromisos para superarlos.

4. **La actualización del Registro Único de Gestión** en materia de todas las actuaciones e intervenciones del área de trabajo social y los informes que se le

requieren, son claros , oportunos , veraces y se basan en información estadística e indicadores de gestión pertinentes a su disciplina.

5. Los programas y proyectos de prevención intra o extramural que realiza conjuntamente con el área interdisciplinario en materia de familia, responden a las necesidades de la comunidad y están de acuerdo con el Plan Anual.

*6. **El apoyo al Comisario y demás profesionales en las audiencias** y en la atención en baranda de consultas y orientaciones que los usuarios requieran que realiza, contribuye eficazmente al restablecimiento de los derechos vulnerados consagrados en la Constitución Política y el código del Menor.*

7. La sistematización de los estudios e investigaciones realizados por el área de trabajo social que realiza, sirven como línea de base para otros proyectos de desarrollo de la institución.

8. La organización y supervisión de las prácticas de trabajo social de las universidades que realiza, permite que las prácticas cumplan su propósito de formación de los profesionales y de servicio eficiente y profesional a la Comisaría y por ende a la comunidad.” (negrillas por fuera del texto).

Ahora, en el Manual de funciones correspondiente a la Resolución No. 1387 de 2016, el empleo de **Profesional Universitario –Código 219 Grado-16** asignado a Comisarias de Familia, enuncia las siguientes funciones:

“PROPÓSITO PRINCIPAL

Proponer y promover acciones que estén direccionadas a la protección, defensa y restablecimiento de los derechos de los niños/as, jóvenes y demás participantes, **mediante la realización de diagnósticos sociales, visitas domiciliarias**, investigaciones socio familiares, la concertación de alternativas de solución, procesos formativos familiares y grupales, desarrollando procesos de seguimiento, acompañamiento y prevención

DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

1. Analizar y consolidar estudios sociales, visitas domiciliarias e investigaciones sociofamiliares que requiera el Comisario, presentando las acciones de mejora, para definir la situación de los niños y niñas y demás integrantes de la familia, conforme a los formatos protocolos establecidos y garantizando el cumplimiento de la misión institucional.

2. Intervenir en audiencia los casos por conflictos familiares, relación de pareja, relación entre padres e hijos, relación entre hermanos u otros integrantes de la familia para concertación de alternativas de solución, suscribiendo con las partes Acta de Compromiso de comportamiento, contribuyendo a la protección, defensa y restablecimiento de los derechos de los niños-as, jóvenes y demás participantes.

3. Planear e implementar programas y proyectos de prevención intra o extramural conjuntamente con el área interdisciplinaria en materia familiar, de acuerdo a las necesidades de la comunidad, teniendo en cuenta el plan de acción anual, para cumplir con la misión institucional.

4. Proponer y ejecutar acciones que permitan a las parejas separadas y en conflicto, para la conciliación de custodia y responsabilidades parentales, con

el fin de que asuman efectivamente el rol que a cada uno le corresponde unificando las pautas de crianza para la formación integral de sus hijos, cumpliendo con los protocolos establecidos.

5. Realizar consultas sociales domiciliarias con el fin de identificar situaciones de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos suscitados en el contexto de violencia intrafamiliar dentro del proceso de seguimiento de caso.

6. Analizar los registros estadísticos e indicadores de gestión, elaborar y presentar los informes de acuerdo a su disciplina que sean requeridos, promoviendo la mejora continua del área de trabajo y mantener actualizada la información.

7. Promover el trabajo interinstitucional local, con el fin aunar esfuerzos para brindar una atención más integral a niños y niñas y a la familia, buscando el restablecimiento de los derechos vulnerados, consagrados en la Constitución Política y el Código de Infancia y Adolescencia vigente.

8. Ejecutar los programas y proyectos de prevención intra o extramural conjuntamente con el área interdisciplinario en materia familiar, de acuerdo a las necesidades de la comunidad, teniendo en cuenta el plan de acción anual, para cumplir con la misión institucional.

9. Crear junto al Comisario, el psicólogo y médico, equipos técnicos de estudio y evaluación de casos, para determinar las medidas convenientes, para la protección de niños y niñas, hombres, mujeres, jóvenes, adultos mayores, contribuyendo a la protección, defensa y restablecimiento de los derechos de los niños-as y jóvenes y demás participantes.

10. Atender las consultas y orientaciones que los participantes requieran en recepción, así como las crisis emocionales, estabilizando los niveles de ansiedad y emotividad, logrando aportar la orientación procedimental requerida, contribuyendo a la protección, defensa y restablecimiento de los derechos de los niños-as y jóvenes y demás participantes. 11. Promover la calidad de los servicios, para que estén de acuerdo con los objetivos planteados en los proyectos sociales a cargo de la dependencia y la adecuada atención a los participantes de los mismos, promoviendo el cumplimiento de la misión institucional.

12. Las demás que le asigne la autoridad competente y correspondan a la naturaleza del empleo.” (Negrillas del Despacho).

A su turno, el empleo de **Profesional Universitario- Código 219- Grado 11** de las Comisarias de Familia, determina las siguientes funciones:

“PROPÓSITO PRINCIPAL

Analizar y efectuar los estudios sociales, **visitas domiciliarias**, investigaciones socio-familiares e informes que requiera el Comisario de Familia, para definir la situación de los niños y niñas y demás integrantes de la familia.

DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

1. Analizar y efectuar los estudios sociales, **visitas domiciliarias e investigaciones socio-familiares que se requieran y elaborar los informes de acuerdo al formato establecido**, para definir la situación de los niños y niñas y demás integrantes de la familia que podrán ingresar a los

programas ofrecidos por la Secretaría Distrital de Integración Social.

2. **Intervenir en audiencia** los casos por conflictos familiares, relación de pareja, relación entre padres e hijos, relación entre hermanos u otros integrantes de la familia para concertación de alternativas de solución, suscribiendo con las partes Acta de Compromiso de comportamiento, contribuyendo a la protección, defensa y restablecimiento de los derechos de los/as niños/as, jóvenes y demás participantes.

3. Promover trabajo interinstitucional local, con el fin aunar esfuerzos para brindar una atención más integral a niños y niñas y a la familia, buscando el restablecimiento de los derechos vulnerados, consagrados en la Constitución

4. **Realizar seguimiento de casos atendidos** por ésta dependencia, en especial aquellos relacionados con conflictos familiares, para revisar el cumplimiento de los convenios adquiridos y firmados en las actas de compromiso de comportamiento, con el fin de verificar el fortalecimiento de los factores de protección y la disminución de los factores de riesgo.

5. **Consignar en el Registro Único de Gestión**, todas las actuaciones e intervenciones del área de Trabajo Social, para mantener actualizado el sistema.

6. **Atender las consultas y orientaciones que los participantes requieran en baranda**, así como las situaciones de crisis por conflictos familiares, relación de pareja, relación entre padres e hijos, relación entre hermanos u otros integrantes de la familia, contribuyendo a la protección, defensa y restablecimiento de los derechos de los niños/as y jóvenes y demás participantes/as.

7. Orientar a los padres y/o familiares encargados del niño o niña afectado/a, sobre las herramientas o estrategias para la modificación de las conductas que la propicien y/o mantienen, contribuyendo a la protección, defensa y restablecimiento de los derechos de los niños/as y jóvenes y demás participantes/as.

8. Orientar a los padres separados en conflicto, por definición de custodia, responsabilidad como padres y con relación inadecuada, con el fin de que asuman efectivamente el rol que a cada uno le corresponde unificando las pautas de crianza para la formación integral de sus hijos Política y el Código de Infancia y Adolescencia vigente.

9. Atender la crisis emocional de los niños y niñas, víctimas de abuso sexual y sus familias, orientando terapéuticamente y realizando el acompañamiento pertinente, de acuerdo al protocolo de atención a víctimas de delitos sexuales.

10. Las demás que le asigne la autoridad competente y correspondan a la naturaleza del empleo.” (Las negrillas no son del texto).

Por su parte, el empleo de **Profesional Universitario Código 2019- Grado 09** podía ser psicólogo o trabajador social o afines, quienes en las Comisarias de Familia realizaban las siguientes funciones:

“PROPÓSITO PRINCIPAL

Promover la protección, defensa y restablecimiento de los Derechos de los/as niños/as, jóvenes y demás participantes mediante la orientación e información integral, oportuna en la recepción de las Comisarias de Familia,

realizando acciones encaminadas a la atención y prevención del conflicto y la Violencia Intrafamiliar.

IV. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

1.Promover la entrega de información integral y oportuna a los/as niños/as, jóvenes y demás usuarios de la Comisaría, realizando acciones encaminadas a la atención y prevención del conflicto y la violencia intrafamiliar, conforme a los lineamientos existentes para tal fin.

*2.**Diligenciar los formatos estandarizados**, la documentación y libros de registro utilizados en la recepción de participantes de acuerdo con la problemática atendida, permitiendo establecer la razón de la visita de las personas, así como la priorización en la atención, conforme a los procedimientos y lineamientos establecidos.*

*3.**Diligenciar los datos básicos de la ficha SIRBE-RUG**, registrando citaciones ordinarias o extraordinarias, apoyo policivo o de Medicina Legal, en los casos que lo ameriten, de acuerdo a los procedimientos establecidos para tal fin*

*4.**Ejecutar acciones en los casos que se requiera junto al Comisario y demás profesionales de acuerdo a la conflictividad o carga emotiva presente en los participantes, utilizando el protocolo y el manual de procesos y procedimientos***

5.Las demás que le asigne la autoridad competente y correspondan a la naturaleza del empleo.” (Las negrillas a propósito).

Se desprende de la lectura de las respectivas funciones del cargo de Profesional Universitario con título de Trabajador Social y afines, que la actora desarrollaba las mismas funciones, de quienes prestaban sus servicios profesionales en tal calidad en las Comisaría de Familia, pues las mismas coinciden con el objeto de los contratos de prestación de servicios, suscritos entre la actora y la entidad demandada.

Igualmente, son coincidentes con las funciones que fueron señaladas por las testigos, en el sentido que la demandante i) atendía público, ii) asistía a las audiencias en la Comisaría de Familia, iii) realizaba visitas domiciliarias, iv) hacía seguimientos a los casos, v) presentaba informes y alimentaba el sistema de la entidad con base en los formatos de la administración, y vi) participaba en los equipos interdisciplinarios, labores, que como se puede evidenciar tenían las mismas dimensiones y alcances a las realizadas por el Trabajador Social de la planta de personal de la entidad, por lo que es válido afirmar que la demandante ejecutaba los planes, programas y proyectos sociales que son el objeto misional de la entidad.

En efecto, las señoras Gloria Eugenia Fernández Morales, Nubia Esperanza Santafé Castellanos y Luz Marina Solano, declararon que la demandante realizaba actividades de seguimiento de las medidas de protección impartidas por la Comisaría de Familia dentro de los procesos de violencia intrafamiliar (custodia, abuso sexual, maltrato), a través del protocolo establecidos para la atención de las víctimas de violencia intrafamiliar, aplicados mediante citas domiciliarias o en la Comisaria de Familia, y además, atendía las audiencias de alimentos y de conflictos familiares en las instalaciones de la Comisaria de Familiar, actividades que, igualmente realizaba el personal de planta.

Aunado a lo anterior, las mencionadas declarantes indicaron que la Comisaria de Familia exigía a la actora el cumplimiento de metas por fuera de los horarios habituales de trabajo como se ratifica con las quejas por acoso laboral y por maltrato a servidor público y demás documentos aportados en tal sentido, tanto por la parte actora, como por la entidad a través de la Oficina de Control Interno o Asuntos Disciplinario.

Así mismo, manifestaron que la contratista estuvo siempre bajo supervisión de la Comisaria de Familia, y que recibía instrucciones sobre el agendamiento y cumplimiento de metas, lo que impedía que actuara con la autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico, pues, siempre estaba subordinada a la Comisaria de Familia en todo lo relacionado con el manejo de los casos.

Todo ello, demuestra que la demandante realizaba el objeto misional de la entidad, ejercía las mismas funciones del personal de planta y tenía que proceder dentro del marco de los proyectos sociales y con base en los protocolos y formatos suministrados por la entidad, siempre bajo la dirección y órdenes de la respectiva Comisaria de Familia, quien además, según las testigos, le controlaba el cumplimiento de horarios, no le permitía ausentarse sin permiso y le exigía un tiempo de permanencia en la Comisaría de Familia, lo que demuestra que la demandante no tenía

autonomía sobre las visitas o citas de seguimiento al caso, y además, le hacían seguimiento bajo los protocolos implementados por la entidad, la cual, además le suministraba una oficina para la atención al público, como sucedía con el personal de planta.

En ese sentido, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “*la primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues es indudable que la señora Zoraida Ariza Ariza se encontraba en las mismas condiciones del empleo de **Profesional Universitario Código 219 Grados 14 y 16**, de acuerdo a las vigencias de los respectivos manuales de funciones, por los periodos contratados, cargos que pertenecen a la planta global de personal de la entidad, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todos los emolumentos a los que tiene derecho la actora, entendiéndose estos, no solo como las prestaciones sociales, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, como aquellas por concepto de pensión (en la proporción correspondiente), debidamente indexados, como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir **que no por el hecho de que se tipifique la relación laboral la hoy demandante adquiera la calidad de empleada pública**, pues como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, para ostentar dicha calidad, es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución Política, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, así como que se cumplan los requisitos de ley, como son el nombramiento y la posesión y, pese, a que el empleo desempeñado por la actora hace parte de la planta de personal de la Secretaría Distrital de Integración Social, no se reúnen a satisfacción los demás requisitos.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contenciosos Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, mediante la sentencia proferida el 21 de julio de 2016, dentro del proceso No. 25000-2325-000-2010-00373-01, señaló:

“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos⁸, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión⁹.

Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.

5.6 DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

La actora solicita con la demanda que se le reconozcan los emolumentos que devenga el personal de planta, específicamente, pretende los siguientes: (i) los salarios o diferencia salarial con los empleados de planta, (ii) el reconocimiento de las primas, bonificaciones, cesantía e intereses a las cesantías, vacaciones, y bono extraordinario por productividad; (iii) la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, y la indemnización por despido injusto; y (iv) las devoluciones por aportes a la seguridad social en salud, frente a los cuales el Juzgado se pronunciará en los siguientes términos:

5.6.1. Emolumentos laborales.

5.6.1.1.El salario. La jurisprudencia del Consejo de Estado tiene establecido que el restablecimiento del derecho no opera frente al salario, porque la existencia de la relación laboral no otorga la condición de empleado público, por lo cual el salario corresponde a los honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, que como se ha visto, se pagaron durante la ejecución laboral.

Así las cosas, no hay lugar al reconocimiento del salario del empleado de planta y, por ende, no se reconocerán las diferencias salariales entre la remuneración pactada en los contratos y el salario del empleado público que desempeña iguales funciones a las establecidas en los contratos celebrados con la demandante.

5.6.1.2 Las prestaciones sociales. En esta dirección, el Consejo de Estado ha señalado que el restablecimiento del derecho se contrae a reconocer las prestaciones sociales devengadas por un empleado de planta en el cargo equivalente a las funciones desempeñadas o contratadas, las que se liquidarán con base en los honorarios pactados en los sucesivos contratos de prestación de servicios. Al respecto, precisó que las prestaciones sociales que son objeto de reconocimiento en este tipo de asuntos, **son las ordinarias o comunes**, las que clasifica en las que

corresponden al empleador y a la seguridad social, en los siguientes términos¹⁰:

“(…)

Ahora, frente a cuáles son las prestaciones sociales susceptibles de ser reconocidas, esta Subsección, en providencia del 21 de junio de 2018 sobre un asunto fáctico y jurídico similar, dispuso que estas son¹¹:

- *Las prestaciones sociales ordinarias o comunes que perciben los empleados públicos de la entidad demandada, las cuales se encuentra a cargo directamente del empleador, como son las primas o las cesantías, entre otras, y;*
- *Las prestaciones sociales a cargo del sistema general de seguridad social como los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que se encuentran a cargo directamente del empleador; y a salud y pensiones que son compartidas entre el empleador y el trabajador.”*

Ahora bien, por **prestaciones sociales ordinarias o comunes**, la jurisprudencia se ha referido a las prestaciones sociales a cargo del empleador en términos generales, pues ha indicado que están constituidas por todas aquellas de carácter legal como las primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías que devengan el empleado del cargo equivalente al desempeñado por el contratista, **las cuales le corresponde determinar a la entidad al hacer la correspondiente liquidación**, según el siguiente aparte jurisprudencial:¹².

“(…)

*Frente al reconocimiento de otras prestaciones sociales, cabe destacar que esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2016¹³, precisó que «con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, [...] acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral. **Dentro de las***

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15)

¹¹ Ídem.

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del 28 de octubre de 2021. Ra. 25000-23-42-000-2015-04331-01(0238-18),

¹³ Expediente 810012333000201200020-01 (316-2014).

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

Asimismo, en providencia de 6 de octubre siguiente¹⁴, aclaró que «el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que no es posible reconocer prestaciones sociales de carácter extralegal que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando el accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas».

En virtud del derrotero jurisprudencial expuesto, al actor le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un empleado de planta del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) con iguales o similares funciones a las que él desempeñaba, tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, **mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que él carece.**

En ese sentido, le corresponderá al ente accionado al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales que serán objeto de liquidación a favor del actor.” (negritas a propósito).

Así mismo, dicha Corporación Judicial se ha referido en forma concreta a las siguientes prestaciones:

(i) vacaciones

En sentencia del 19 de abril de 2018, dentro del expediente No. 81001-23-33-3000-2013-00096-01, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, se señaló que las vacaciones son un descanso remunerado que, por no haber sido disfrutado, se tienen que compensar en dinero, así:

“(…)

Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato

¹⁴ Expediente 660012333000201300091 01(0237-2014).

realidad-, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios-, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978, que dispone:

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, 4.] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo»

*Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, **corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria**, pero como quiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005.*

Sin embargo, el pago de la compensación por el descanso no disfrutó la accionante solo comprenderá lo causado a partir del 24 de enero de 2010, en atención al fenecimiento de la oportunidad para reclamarlo...”
(Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, en la sentencia de 30 de septiembre de 2021, dicha corporación judicial se expresó¹⁵ en los siguientes términos:

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER,

“(…)

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados¹⁶, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978¹⁷, que dispone:

Artículo 20º.- De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;

b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016¹⁸, la sección segunda de esta Corporación determinó, entre otras reglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, «[...] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero esa garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto

sentencia del 30 de septiembre de 2021. Rad. 20001-23-39-000-2015-00300-02(6249-19)

¹⁶ De conformidad con el Decreto 3135 de 1968, **«por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales»**, artículo 8º, «Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por los reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosos [...]».

¹⁷ Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República mediante ley 51 de 1978, «[...] por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional».

¹⁸ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005¹⁹.

Bajo dichos pronunciamientos Jurisprudenciales es claro el derecho que le asiste a la demandante de la compensación en dinero de las vacaciones, en razón a que constituye una prestación social, de conformidad con el principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.

(ii) Bono extraordinario de productividad.

Este emolumento laboral se creó, entre otros, para los empleados públicos de la administración central del Distrito Capital, *“por una sola vez y sin carácter salarial ni prestacional para ningún efecto legal (...) el cual se pagará en la presente vigencia fiscal”*, según el artículo 1° del Decreto 4581 de 2008²⁰, y su siguiente artículo 2° dispuso que *“Tendrán derecho a este bono extraordinario los empleados públicos de Bogotá D.C., que se encontraban vinculados al Distrito Capital a 10 de julio de 2008 (...)”*.

De acuerdo a la norma que regula el bono extraordinario, se puede apreciar que constituyó un reconocimiento temporal para quienes estuvieran vinculados en el año 2008, condiciones que no se cumplen en el presente caso, y por consiguiente, no puede ser reconocido.

5.6.2. Prestaciones sociales de la seguridad social.

Respecto de las prestaciones de la seguridad social, únicamente se ordena realizar las cotizaciones para pensión. En efecto, la misma sentencia de Unificación que se viene de leer, sobre los aportes no efectuados por la parte contratante al fondo de pensiones, dispuso:

“(...) ”

¹⁹ «Artículo 1°. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado».

²⁰ “Por el cual se crea un bono extraordinario de productividad social para los empleados públicos de Bogotá, Distrito Capital.”.

De igual manera la entidad demandada deberá a título de restablecimiento del derecho tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Manco Quiroz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por último, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra deberá pagar o completar según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora”.

En consecuencia, la entidad demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones de la actora la suma faltante por concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, con fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados y así se ordenará en la parte resolutive de la presente providencia

5.6.3 Sanciones e indemnizaciones

Existen otras pretensiones que se refieren a indemnizaciones o sanciones por pagos extemporáneos o morosos, que la jurisprudencia ha venido denegando, por no darse los presupuestos para el efecto, así:

5.6.3.1. Sanción por mora en el pago de cesantías

Frente a la sanción moratoria deprecada, la Jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia del 17 de junio de 2021, ya citada, ha señalado que “.....no hay lugar a tal reconocimiento, toda vez que a partir de esta sentencia surge la obligación del pago de las prestaciones al beneficiario, por lo que no es viable acceder a esa pretensión”²¹, razón suficiente para no dar prosperidad a dicha pretensión.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05489-01(1572-18).

5.6.3.2. Indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales.

El Consejo de Estado, en la sentencia del 4 de noviembre de 2021, tantas veces mencionada, ha señalado que el beneficio reclamado sólo aplica para los trabajadores oficiales, más no en las relaciones laborales administrativas, así:

“(…)

Indemnización moratoria en los términos del Decreto 797 de 1949: El Decreto 797 de 1949 concede un periodo de gracia de 90 días a las entidades que contraten trabajadores oficiales para poner a su disposición todos los valores que por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones se hallen insolutos en el momento en que termine el contrato; lo que significa que si vencido el aludido lapso el empleador no realiza el pago, se genera en favor del trabajador una mora.

Sin embargo, dentro del sub judice no habrá lugar a su reconocimiento como quiera que dicha sanción es reconocida a los trabajadores oficiales, categoría que no ostenta la señora Carmela Amparo Arciniegas Gómez.”.

Bajo dicho pronunciamiento, también deberá ser denegada la pretensión encaminada al reconocimiento por mora en el pago de las prestaciones sociales que serán reconocidas a favor de la actora.

5.6.3.3 Indemnización por despido injusto.

El Consejo de Estado²² ha considerado que sólo aplica a los vínculos por contrato de trabajo, más no cuando la relación laboral se originó en un contrato de prestación de servicios:

“Indemnización por despido sin justa causa: No procede el reconocimiento de esta indemnización porque conforme lo prevé el Decreto 2127 de 1945 la misma se deriva de la finalización injustificada del contrato de trabajo, y en el presente asunto la

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00200-01(0570-17).

actora no fue vinculada a través de este.”

Por ello, no se concederá la pretensión encaminada al reconocimiento de la indemnización por despido injusto.

5.6.4. Devoluciones por pagos como contratista.

5.6.4.1 Devolución de aportes a la seguridad social (pensión, salud y riesgos profesionales).

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por la contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, por cuanto no existe una disposición de orden legal que señale expresamente un término que extinga la posibilidad de reclamarlos en cualquier tiempo, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, al indicar: *“Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista”*.

Sin embargo, en la aludida sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2021, aclarada el 11 de noviembre del mismo año, se dispuso la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el Contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

“(…)

3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal**” (Negrilla del texto original y subrayado del despacho).

Y más adelante, indicó:

“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del**

***interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».*¹³⁷ Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley¹³⁸, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal» (Negrillas del texto original).

En ese sentido, esta Juzgadora varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que **es improcedente el reembolso de los aportes a salud que la contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.**

Ahora bien, en sentencia del 17 de junio de 2021, el Consejo de Estado señaló que los aportes a **pensión, salud y riesgos profesionales** no constituyen créditos a favor del demandante, pues pertenecen al Sistema en cuanto se causan conforme a la ley, en los siguientes términos:

“(…)

*En lo referente a **la devolución de los aportes efectuados por el demandante a pensión, salud y riesgos profesionales**, lo cierto es que, en criterio de la sala mayoritaria²³, esos recursos del sistema integral de seguridad social son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos **y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado**. En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por los mencionados conceptos.”.*
(negrillas del Despacho)

Por lo anterior, no procede ordenar la devolución de los aportes a pensión, salud y riesgos profesionales que efectuó la demandante en su calidad de

²³ Del cual en pronunciamientos anteriores se ha apartado el suscrito ponente, porque la devolución del porcentaje de cotizaciones al sistema integral de seguridad social en salud y pensiones hace parte del restablecimiento del derecho del demandante (lo que estará sujeto al fenómeno prescriptivo), y una decisión en contrario podría constituir un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad estatal demandada. De igual manera, una cosa es que las entidades completen al sistema los aportes correspondientes a pensión (que comporta un derecho imprescriptible), como se dejó sentado en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, y otra, la devolución de lo que el demandante tuvo que sufragar respecto del porcentaje que correspondía a su empleador, que, se insiste, integra su restablecimiento del derecho.

contratista de la entidad demandada, como quiera que éstos fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social al existir una obligación legal de realizar dicha contribución, los cuales por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal no admiten otro tipo de destinación que el sostenimiento mismo del sistema.

5.7 De la prescripción.

En este acápite se estudiará el fenómeno de la prescripción, propuesto por la entidad demandada, precisando que este Despacho en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, había adoptado el precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01, según la cual “... **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**”, y en ese sentido, daba aplicación, a lo dispuesto por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013- 00689-01(3300-14), que dispuso que “... *la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive*”.

Ahora bien, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de**

2021²⁴, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143- 01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre del mismo año, respecto al fenómeno prescriptivo, dispuso:

“(…)

3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad.

137. Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.

138. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. **Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.**

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se

²⁴ Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

(...)"

Y más adelante, agregó:

“3.2.1. Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

[...] 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.

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

[...] 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**. (Negrillas del texto)

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se reitera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, **se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.**

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, **no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual.** En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse” (Negrilla del texto original).

Así las cosas, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de

continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, para efectos de determinar la ocurrencia de la prescripción.

Ahora bien, de conformidad con la certificación expedida por la Subdirectora de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social, del 29 de noviembre de 2018, en el caso que nos ocupa los contratos fueron celebrados así:

CONTRATO	FECHA	PLAZO	INICIO	TERMINACIÓN	VALOR
2524	28/01/10	11 MESES	09/02/2010	30/01/2011	33.153.120
1175	01/02/11	12 MESES	04/02/2011	03/05/2012	36.167.040
3470	18/05/12	7 MESES	24/05/2012	23/03/2013	21.730.100
817	12/02/13	11 MESES	26/03/2013	25/02/2014	35.002.000
1768	18/01/14	11 MESES	27/02/2014	26/01/2015	35.877.600
2383	27/01/15	12 MESES	28/01/2015	27/01/2016	40.308.000
347	25/01/16	10 MESES	01/02/2016	21/01/2017	33.590.000
2364	10/02/17	10 MESES	14/02/2017	13/12/2017	34.930.000
8859	06/12/17	7 MESES	18/12/2017	17/07/2018	24.451.000

Como puede verse, entre uno y otro de los contratos de prestación de servicios, los lapsos de interrupción en los que la demandante prestó sus servicios no superan los treinta (30) días hábiles a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, de modo tal, que la interrupción de algunos días no desvirtúa la permanencia en el servicio, por lo que se concluye que la demandante prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida desde el **9 de febrero de 2010 hasta el 17 de julio de 2018**.

Así las cosas, en consideración a que la demandante presentó reclamación administrativa mediante escrito del 30 de enero de 2019, radicado E2019004148, y que en los contratos celebrados hubo vocación de permanencia en la labor, se concluye que no se configuró fenómeno prescriptivo alguno.

5.7.1. Prescripción de los aportes no efectuados por la contratante al Sistema General de Pensiones.

Respecto de la prescripción de los aportes no efectuados al Sistema General de Pensiones, la sentencia de unificación dispuso:

“Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a 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, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

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

Así las cosas, debido a que se trata de aportes pensionales no están sometidos al fenómeno de la prescripción.

5.8. De la solicitud realizada por el apoderado de la demandante.

El 29 de marzo de 2022, mediante correo electrónico, el apoderado de la parte accionante señaló que hacía falta la certificación sobre la remuneración mensual del Trabajador Social, desde el año 2010 al 2018, requerimiento que no fue objeto de pronunciamiento por el Despacho; sin embargo, el citado profesional del derecho no interpuso recurso contra el auto que ordenó correr traslado para alegar de conclusión, con lo cual se cerraba la etapa probatoria, y, en cualquier caso, la prueba que se echa de menos no altera la decisión de esta providencia, máxime cuando la liquidación de los emolumentos que aquí se reconocen corresponde a los honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, y no al devengado por el profesional de planta.

5.9. COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de la relación laboral entre la señora ZORAIDA ARIZA ARIZA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.753.244, y BOGOTÁ D.C. – SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad de los **Oficios S2019011105 del 7 de febrero y S2019024991 de 15 de marzo, ambos de 2019**, a través de los cuales la Subdirectora de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social, negó a la actora el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que se derivaron de la existencia de la relación laboral.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, **RECONOCER Y PAGAR** a la señora ZORAIDA ARIZA ARIZA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.753.244, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, que devenga un **Profesional Universitario Código 219 Grados 14 y 16**, de acuerdo a las vigencias de los respectivos manuales de funciones, por los periodos contratados, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los

contratos suscritos entre el **9 de febrero de 2010 hasta el 17 de julio de 2018.**

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo reconocido en la presente sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

CUARTO.- ORDENAR a BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, a:

i) **PAGAR** a la señora ZORAIDA ARIZA ARIZA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.753.244, los valores por concepto de pensión en virtud de las órdenes y contratos de prestación de servicios, según los porcentajes fijados por Ley al empleador, durante el tiempo comprendido entre el **9 de febrero de 2010 hasta el 17 de julio de 2018.**

ii) En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por la actora para **pensión** y los que se debieron efectuar **COTIZAR** la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que 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 existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

iii) **ACTUALIZAR** tales sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde al concepto de pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente

QUINTO.- Sin costas a cargo de BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- Aceptar la renuncia al poder presentado por la doctora IVONNE ADRIANA DIAZ CRUZ, y en su lugar, se reconoce personería para actuar al doctor **LUIS ALEJANDRO MONTERO BETANCUR**, como apoderado de la entidad demandada, de conformidad con el poder aportado al plenario.

OCTAVO.- A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

NOVENO.- Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

DÉCIMO.- La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

UNDÉCIMO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora, excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 009, de hoy 13 de mayo de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez
Juez
Juzgado Administrativo
018
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:
6918626f2229872462b834e830ec7b0606ed8c17a180e3b7b4246c1bbf05c0ac
Documento generado en 11/05/2022 08:26:09 PM

*Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D. C.
Expediente No. 2019-00273-00*

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335018**2021-00147-00**
Demandante: CARLOS RICARDO GAITÁN BAZURDO
Demandada: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Asunto: SENTENCIA

El señor **CARLOS RICARDO GAITÁN BAZURDO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.277.316, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1.1. PRETENSIONES

i) Pretende el demandante que se inaplique la frase "*(...) y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*", contenida en el primer párrafo del artículo 1° del Decreto 0382 de 2013, modificado por el Decreto 022 de 2014.

ii) Que se extienda el valor de la Bonificación judicial establecida en el Decreto 0382 del 2013, modificado por el decreto 022 de 2014, para que sea incluida como factor prestacional para la liquidación de la prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías, primas de productividad, bonificación por servicios prestados y demás derechos laborales que por disposición legal o Constitucional, tiene

derecho el demandante, teniendo en cuenta que es pagada de manera periódica y se recibe de forma habitual.

iii) Que se declare la nulidad del Oficio Rad. No. 20195920014611 del 22 de octubre de 2019, por medio del cual la entidad demandada negó al demandante su petición orientada al reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial.

iv) Que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto producto de la no respuesta al recurso de apelación radicado el 07 de noviembre de 2019, contra el acto administrativo oficio Rad. No. 20195920014611 del 22 de octubre de 2019.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

i) Re-liquidar las prestaciones sociales, tales como primas de servicio, prima de navidad, prima de vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías, prima de productividad, bonificación por servicios, y demás derechos laborales o Constitucionales, desde el 01 de enero del año 2013, hasta cuando se haga efectivo el pago, con la inclusión de la BONIFICACION JUDICIAL en la prestaciones sociales del demandante.

ii) Pagar los ajustes del valor sobre las sumas adeudadas al demandante conforme al índice de precios al consumidor

iii) Reconocer y pagar los intereses moratorios, conforme al fallo 188 de 1999 proferido por la Corte Constitucional, si a ello hubiere lugar.

iv) Dar cumplimiento a lo dispuesto en el fallo dentro del término consignado en el Artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo..

iii) Condenar a la entidad demandada al pago de las costas y agencias en derecho que resultaren del proceso.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones el apoderado de la parte actora alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el actor presta sus servicios en la Fiscalía General de la Nación, ocupando el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO ESPECIALIZADO

1.2.2. Que el demandante ha permanecido vinculado a la Fiscalía General de la Nación de manera continua y permanente durante todo este lapso de tiempo, desempeñando las labores con los más altos estándares de calidad, mostrando un desempeño ejemplar y eficiente.

1.2.3. Que el actor fue favorecido por el Decreto 0382 del 2013, modificado por el decreto 022 de 2014, por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones y que desde el 01 de enero del año 2013 se inició el pago de la misma; sin embargo, esta bonificación no ha sido tomada en cuenta como factor prestacional salvo en lo que respecta al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión.

1.2.4. Que la bonificación judicial es recibida de forma mensual por parte del demandante, por lo que se considera que es habitual, y de acuerdo a los últimos pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado y de la Honorable Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, han indicado que todo lo que reciba el trabajador de forma permanente o habitual constituye salario y hace parte integral del mismo, por lo que dicha bonificación debe ser incluida en la liquidación de todas las prestaciones sociales.

1.2.5. Que el demandante realizó reclamación administrativa ante la Fiscalía General de la Nación – Talento Humano, con el fin de que se le reconociera y pagara la reliquidación de las prestaciones sociales por la no inclusión en su liquidación de la BONIFICACION JUDICIAL.

1.2.6. Que la Fiscalía General de la Nación procedió a dar respuesta mediante el oficio Número: Oficio Rad. No. 20195920014611 de 22 de octubre de 2019.

1.2.7. Que contra la decisión relacionada en el oficio enlistado anteriormente, se interpuso recurso de apelación ante la Subdirección Nacional de Talento Humano.

1.2.8 Que la Fiscalía General de la Nación no resolvió el recurso de apelación dentro del término legal, por lo cual se configuró el silencio administrativo negativo, quedando de esta forma agotada en debida forma la vía gubernativa.

1.2.9 Que se tenga en cuenta el fallo proferido por el juzgado 19 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá de fecha 21 de junio de 2017 y el fallo de fecha 17 de julio de 2017, proferido por el juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 2, 13, 25, 53, Constitucionales; art 14 de la Ley 4ª de 1992 y artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Afirma que el Decreto 0382 del 2013, modificado por el decreto 022 de 2014, que en los párrafos finales establecen *“constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, es visiblemente ILEGAL e INCONSTITUCIONAL, toda vez que los derechos laborales son irrenunciables, siendo que además contraría la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado que ha establecido en múltiples pronunciamientos que lo que perciba el empleado de manera habitual deberá ser tenido en cuenta al momento de su liquidación de prestaciones sociales.

Sostiene que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, establece la noción de salario determinando que *“Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso, obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones...*

Afirma que la entidad demandada viola el artículo 53, ya que debe prevalecer la realidad sobre las formalidades, pues el demandante recibe un emolumento de forma mensual que es la Bonificación Judicial y por culpa de una norma que es totalmente contraria al ordenamiento constitucional como lo es el decreto 0382 de 2013, se le está cercenando el derecho de que reciba su liquidación de prestaciones sociales, incluyendo como factor salarial la BONIFICACION JUDICIAL.

En igual sentido, anota que dicho decreto desconoce el artículo 13 de la norma Superior, que establece el Derecho a la Igualdad, ya que todos los trabajadores de Colombia, que reciben sus emolumentos salariales, desde que los mismos sean habituales y permanentes, sus empleadores están en la obligación de incluir al momento de la liquidación de prestaciones sociales TODO lo que perciba el trabajador de manera mensual.

Concluye indicando que, con el proceder de la Rama Judicial, se desconoce el valor de la justicia y la equidad, con lo cual se quebrantaron los arts. 13, 53, 25 y 2 de la Constitución Política, el arts. 2 y el parágrafo del art. 14 de la ley 4 de 1992.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del **24 de agosto de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Sostuvo que la bonificación judicial establecida en el Decreto No. 382 de 2013, norma que se solicita inaplicar, responde a un proceso de negociación laboral adelantado con los representantes de las agremiaciones sindicales de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, quienes estuvieron de acuerdo con su naturaleza de factor salarial únicamente para la "*base de cotización al sistema general de pensiones y al sistema general de seguridad social en salud*".

Manifestó que los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación designados para participar en la referida negociación, destacaron en el Acta de Acuerdo del 6 de noviembre de 2012, continuada mediante el Acta No. 25 del 8 de enero de 2013, que la distribución realizada en el Decreto No. 382 de 2013, garantizó los criterios de equidad, gradualidad y proporcionalidad de los ingresos totales de sus respectivos servidores, así como la jerarquía y complejidad funcional de los empleos.

Adujo que es claro que la bonificación judicial prevista, es el producto de un Acuerdo que desarrolla los Convenios de la OIT y la jurisprudencia constitucional que reconoce la posibilidad de que los servidores públicos intervengan en la definición de sus "*condiciones de empleo*", el cual a su vez se realizó sobre la base de unos recursos y cálculos "*tope*" establecidos para el efecto y en conjunto con sus propios representantes sindicales quienes negociaron, concertaron y aprobaron la fórmula salarial finalmente plasmada en el Decreto No. 382 de 2013, en el sentido de que constituyera factor salarial únicamente para la base de cotización, así como al sistema General de Pensiones y al sistema de seguridad social en salud.

Precisó que resulta incontrovertible que el hecho de que la bonificación judicial no se constituya como factor salarial, sino únicamente para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en salud, no puede ser considerado ilegal ni tampoco como un indebido ejercicio de las competencias del Ejecutivo Nacional.

Argumenta que se impone concluir que el artículo 2° del Decreto 382 de 2013, lejos de vulnerar los derechos de los funcionarios, se ajusta con rigor

a los bloques de constitucionalidad y legalidad, así como al Acuerdo realizado con los representantes de las organizaciones de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial.

Manifestó que el artículo 3° de este Decreto reitera lo dispuesto en el mismo texto de los modificados Decretos Nos. 022 de 2014 y 0382 de 2013, en cuanto a que *"Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10° de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos"*.

Afirmó que si el demandante considera que los negociadores designados por la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación no cumplieron a cabalidad con sus compromisos en materia de nivelación, no es precisamente la acción de simple nulidad (art. 137 Ley 1437/11) o de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 Ley 1437/11) el escenario propicio o adecuado para descalificarlos, ni tampoco para pretender desconocer los acuerdos finalmente alcanzados, sino por el contrario se debió demandar la legalidad y constitucionalidad del Decreto No. 382 de 2013, mediante una Acción de Inconstitucionalidad.

Sostuvo que la creación de la bonificación a que se hace referencia con fundamento en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, responde al desarrollo de las atribuciones que el orden Jurídico le confiere al Legislativo y consecuentemente al Ejecutivo en relación con el tema del salario del trabajador, en este caso público y particularmente vinculado a una Institución de carácter Judicial, bajo la determinación de los alcances protectivos de los derechos reconocidos Constitucional y Legalmente.

Señaló que la Bonificación Judicial constituye únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues su estructuración busca dentro de los límites constitucionales establecer en el reconocimiento de la Bonificación unos efectos determinados que encuadran dentro de la libertad de configuración de que gozan las autoridades legislativas y

excepcionalmente las autoridades administrativas, cuando están revestidas de facultades especiales, no en otras áreas.

Finalmente indicó que respecto de la excepción de inconstitucionalidad que podría aplicarse al Decreto 0382 de 2013 que crea la bonificación judicial, la misma no es procedente, toda vez que la norma estudiada atiende totalmente los parámetros necesarios para determinar que es plenamente constitucional tanto el plano formal como material o sustantivo así: i) sostenibilidad fiscal Art. 334 de la C.P.; ii) sostenibilidad del sistema financiero Art. 48 de la C.P.; iii) contiene el análisis de la política económica del país; iv) responde a la prevalencia del intereses general del Art. 1 de la C.P.; v) al cumplimiento de los fines esenciales del Estado Art. 2 de la C.P.; y vi) atiende los criterios y objetivos de la Ley 4ª de 1992. Siendo así el Decreto 0382 de 2013 una norma ajustada la visión general e integral de la Constitución.

De otra parte, la apoderada de la parte demandada propuso las excepciones de:

i) **Constitucionalidad de la restricción del carácter salarial**, al señalar que si bien un pago laboral que percibe un trabajador puede categorizarse como salario, no necesariamente dicho emolumento debe estar inmerso en la base de liquidación de las prestaciones sociales u otras retribuciones laborales, es por ello, que para estudiar dicha dicotomía es necesario analizar el alcance del concepto de salario en el ordenamiento jurídico, para luego aplicar las diferentes posiciones jurisprudenciales respecto del reconocimiento del rubro laboral como base en la liquidación de otros montos.

Afirma que se cuenta con seis (6) sentencias de constitucionalidad emitidas por la Corte Constitucional en la que se ratifica que el legislador o quien haga sus veces, cuenta con la discrecionalidad de determinar qué factores salariales deben ser tenidos en cuenta como bases para la liquidación de prestaciones sociales o demás conceptos laborales; así mismo se identifican siete (7) sentencias emanadas por el Consejo de Estado en la cual se adoptan las disposiciones establecidas por la Corte Constitucional, Corte Suprema

de Justicia, así como otras sentencias del Consejo de Estado, en las que se estudia que el legislador o el Gobierno Nacional tiene la facultad de restringir los efectos salariales de un emolumento laboral, sin que ello signifique una extralimitación del Gobierno Nacional o una afectación a disposiciones constitucionales o convenciones internacionales.

Así mismo, la Corte Constitucional adoptando una decisión de la Corte Suprema de Justicia, considera que no existe disposición constitucional alguna que imponga al legislador la obligación de que cuando crea una retribución laboral, la misma deba ser incluida como base de liquidación para otras prestaciones sociales u pagos salariales.

En consecuencia indica, que la disposición contenida en el Decreto 0382 de 2013 artículo 1° que determina que la bonificación judicial *“constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, es totalmente legítima, legal y constitucional, en atención a que el legislador o el Gobierno Nacional pueden discrecionalmente especificar qué rubro constituye factor salarial con implicaciones en la base de liquidación de las prestaciones sociales o demás emolumentos salariales, facultad está que es avalada con el estudio de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional, que a su vez en varias ocasiones ha sido retomado por el Consejo de Estado, y por lo tanto no se puede predicar la inconstitucionalidad de dicha expresión.

Por último precisa que, como se analiza de las sentencias citadas, la restricción del carácter salarial de la bonificación judicial no expone de ningún modo una desmejora en los derechos del trabajador, puesto que la misma fue concebida desde su creación solo con efectos salariales sobre los aportes en seguridad social en salud y pensión, sin que con esto se hubieren desarrollados derechos adquiridos respecto de otros emolumentos, de interpretarse de otra manera se rebasaría la finalidad del legislador para estos casos, desconocería la libertad de configuración del determinador de la norma y desbordaría la competencia interpretativa del juez.

ii) Aplicación del mandato de sostenibilidad fiscal en el Decreto 0382 de 2013, al manifestar que en la actual literalidad de la Constitución

Política en el artículo 334, modificado por el acto Legislativo de 2011, se contempla el mandato constitucional de la sostenibilidad Fiscal y advierte que el mismo debe ser atendido por todas las ramas y órganos del poder público.

Afirmó que no es posible otorgarle un alcance superior al Decreto 0382 de 2013, del que fue dispuesto por el Gobierno Nacional, pues ello provocaría que se ordenara la disposición de recursos públicos adicionales para sufragar necesidades no proyectadas con anterioridad, desbordando el presupuesto destinado para solventar este emolumento, lo que fracturaría el mandato de la sostenibilidad fiscal.

iii) **Legalidad del fundamento normativo particular**, al señalar que es el legislador y/o Gobierno Nacional, según sea el caso, quien está facultado para regular el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, siendo así, tanto la creación, como la modificación o eliminación de cualquier emolumento laboral debe estar dispuesto en normas, ya sea denominadas Leyes o Decretos.

Que en la actualidad se observa que dentro de dicha normatividad particular no se evidencia que se incluya la bonificación judicial establecida en el Decreto 0382 de 2013 como base de liquidación de las prestaciones sociales o emolumentos laborales que reciben los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, por lo que de ampliarse el carácter salarial de la bonificación judicial a la liquidación de todas las prestaciones sociales, como lo pretende la parte actora, no solo se estaría afectando directamente el Decreto 0382 de 2013, sino que también se modifica la norma particular que regula cada factor laboral, sin que en su contra se haya dictado norma posterior que la derogue o sentencia que declare su inconstitucionalidad o ilegalidad.

Afirma que ordenar la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial haciendo base de liquidación para prestaciones sociales y emolumentos salariales devengados por los funcionarios, no solo reflejaría una intervención directa en la facultad discrecional del legislador y del Gobierno Nacional al inaplicar lo dispuesto en el Decreto 0382 de 2013, sino que además se afectaría las normas particulares.

iv) **Cumplimiento de un deber legal**, al sostener que la entidad demandada ha adelantado todas sus actuaciones en cumplimiento de un deber legal, pues como bien lo ha establecido la Constitución Política las autoridades administrativas deben cumplir a cabalidad la Ley; en concordancia con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011- CPACA, en su artículo 10.

Señala que la Fiscalía General de la Nación, está en la obligación constitucional y legal de dar cumplimiento estricto a las normas que se han promulgado, para el caso las que regulan la bonificación adicional reconocida a los funcionarios de esta Entidad, siendo claro que es una norma que goza de plena validez jurídica y presunción de legalidad, tanto por la forma como por el contenido de la misma, sin que sobre ella pese ninguna decisión de inconstitucionalidad, ilegalidad, o derogación.

Afirma que bajo este entendido, es lógico y claro que la Entidad demandada emita actos administrativos en cumplimiento de este deber legal, sin que se le sea dado modificar de alguna forma la norma, la interpretación o la aplicación de aquella, y es por ello, que si en efecto la norma principal - Decreto 0382 de 2013 - goza de legalidad, pues los actos administrativos objeto de la presente demanda sobre los cuales se discute su nulidad, al ceñirse estrictamente a lo contemplado en dicho decreto, también son plenamente válidos sin que se pueda declarar una nulidad sobre ellos.

v) **Cobro de lo no debido**: Al indicar que el Decreto No. 0382 de 2013, contempla que la bonificación judicial es plenamente legal, por lo tanto, dicha circunstancia permite afirmar que a la totalidad de los funcionarios de la Entidad se les han venido cancelando todos sus salarios y prestaciones, conforme a las normas que los regulan y que se desprenden de la relación legal y reglamentaria que ostentan, por lo que resulta entonces claro, no hay suma adicional alguna que se les deba cancelar.

Concluyó que la Fiscalía General de la Nación dio aplicación a lo que en materia salarial y prestacional debe seguirse para los servidores de la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con el régimen vigente, y en

consecuencia, no le es dable a la entidad entrar a reconocer lo que la Ley no le concede, no estando sujeta a discrecionalidad alguna, dado que el marco de aplicación está determinado en ella misma.

vi) **Prescripción de derechos laborales**, al señalar que en el caso que se considere que es legítima la reclamación de la parte actora, se declaren prescritos los derechos que se hayan causado, toda vez, que el término en que se configura la prescripción extintiva es de 3 años, contados a partir de la fecha en que se haya hecho exigible el derecho, de conformidad con los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969, 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

Solicita que en virtud de la normativa citada y para el sub lite, se debe tener en cuenta que la parte demandante solicitó mediante derecho de petición, las pretensiones que en la presente se incoan, hasta el 27 de octubre de 2017, razón por la cual, es solo desde la mentada fecha que se deberá analizar la interrupción de la prescripción de los derechos laborales, es decir que solo estarán vigentes a la fecha los derechos laborales que se hayan causado y sean exigibles desde 3 años atrás, a saber desde el 27 de octubre de 2014, puesto que todo lo causado y exigible con anterioridad se encuentra prescrito de pleno derecho en cumplimiento de la normativa laboral y ante la omisión de presentación de reclamación con anterioridad.

vii) **Buena fe**, sin que implique reconocimiento de derecho alguno a favor de la parte demandante, esta excepción la propuso la entidad demandada afirmando que ha actuado siempre de buena fe, teniendo en cuenta las normas legales vigentes, los principios aceptados por la doctrina y la jurisprudencia.

viii) **Genérica**, al solicitar que en el evento de encontrarse acreditado cualquier hecho en el proceso que enerve las pretensiones de la demandante sea declarada la excepción correspondiente.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

Se advierte que la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

4.2. Parte demandada.

A través de memorial del **28 de marzo de 2022**, allegado a este Despacho vía correo electrónico, el mismo día, el apoderado de la entidad demandada presentó alegatos de conclusión, indicando que se ratifica en los fundamentos de derecho y excepciones de mérito planteadas en la contestación de la demanda, solicitando que se nieguen las súplicas de la demanda, toda vez, que la Fiscalía General de la Nación actuó en CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL, al aplicar estrictamente lo regulado por el Decreto 0382 de 2013 y demás normas concordantes, pues no podría ser otro el obrar de la entidad que realizar el pago conforme a lo estipulado en el dicho Decreto y consecuentemente, emitir respuesta a los requerimientos de la parte actora conforme a la normatividad legal y constitucional del caso.

Reitera que las disposiciones contenidas en el Decreto 0382 de 2013, son producto de la facultad legal que es otorgada al Gobierno Nacional en la Constitución Política de Colombia, regida a su vez por los criterios señalados por el Congreso de la República en la Ley 4ª de 1992, para la fijación del Régimen Salarial y Prestacional de los servidores públicos, entre ellos, los de la Fiscalía General de la Nación, por lo que de manera formal esta disposición goza de plena validez y eficacia jurídica, encontrándose amparada por el principio de legalidad, más aún bajo el entendido que a la fecha dicha disposición no ha sido objeto de derogación o declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad, por lo que a la Entidad que representa no le es posible modificar de alguna forma la norma, la interpretación o la aplicación de la misma.

De otra parte, indica que si bien se puede llegar a establecer que la bonificación judicial creada mediante el Decreto 0382 de 2013 se podría encuadrar dentro de la definición internacional y nacional de “salario”, esto

no es óbice para que automáticamente se deduzca que dicho rubro constituya base para la liquidación de las prestaciones sociales y demás emolumentos salariales que devengue un trabajador, pues el legislador y el Gobierno Nacional, conforme a las potestades otorgadas en la Ley 4ª de 1992, puede a su libre discrecionalidad establecer si un rubro será parte o no de la base de liquidación de las prestaciones sociales o de los demás rubros salariales que devenga un empleado de la Fiscalía General de la Nación, como en efecto sucede con el Decreto 0382 de 2013, sin que ello constituya una afectación a los derechos laborales de los funcionarios o estar en contravía de la Constitución.

Finaliza realizando la solicitud respetuosa al Despacho, de que se analicen todas las posturas jurisprudenciales citadas en la contestación de la demanda, y que de las mismas se de aplicación completa y preferente a las emanadas de la Corte Constitucional, quien es el Juez Natural respecto del análisis de la Constitución Política de Colombia, y el idóneo para determinar si una norma debe ser considerada inconstitucional por ir en contravía de dichos mandatos.

4.3. Agente del Ministerio Público

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a las excepciones de ***“constitucionalidad de la restricción del carácter salarial, aplicación del mandato de sostenibilidad fiscal en el Decreto 0382 de 2013, legalidad del fundamento normativo particular, cumplimiento de un deber legal, cobro de lo no debido y buena fe”*** este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero en ninguna manera constituyen excepciones de mérito que impidan al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Respecto a la excepción **genérica**, no se encontraron excepciones que deban ser declaradas de oficio en este momento procesal.

Frente a la excepción de **prescripción**, será resuelta en acápite posterior de este escrito.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Derecho de petición elevado ante la entidad demandada el 04 de octubre de 2019, a través del cual el actor solicitó el reconocimiento de la bonificación judicial, contemplada en el Decreto No. 382 de 2013, como factor salarial y el consecuente reajuste prestacional.

5.2.2. Oficio No 20195920014611 del 22 de octubre de 2019, a través del cual la entidad demandada señaló que no es posible tener en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales del actor la bonificación judicial, dado que las diferentes disposiciones legales que la establecieron determinaron que no constituía factor salarial.

5.2.3. Recurso de apelación interpuesto por la parte actora con radicación No. 20196111008472 del 07 de noviembre de 2019 contra la decisión anterior.

5.2.4. Constancia de servicios expedida por la Sub Directora Regional-Central de la Fiscalía General de la Nación en la que consta los servicios prestados por el demandante en la Fiscalía General de la Nación.

5.2.5. Liquidaciones de nómina correspondientes al actor expedidas por la Fiscalía General de la Nación, que dan cuenta de los devengados y deducidos realizados al demandante para los años 2014 a 2018.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 30 de septiembre de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer: i) si hay lugar a la inaplicación por vía de excepción del artículo 1° del Decreto 382 de 2013, y ii) si el demandante, en calidad de empleado de la Fiscalía General de la Nación tiene o no derecho a que se le reconozca la bonificación judicial como factor salarial y, si como consecuencia de dicho reconocimiento se le deben reajustar sus prestaciones sociales.

5.3.1. NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN MATERIA SALARIAL Y PRESTACIONAL.

La Constitución Política en el numeral 19 literal e) facultó al Congreso de la República para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los Miembros del Congreso Nacional y de los miembros de la Fuerza Pública.

En desarrollo a la mencionada norma constitucional fue expedida la Ley 4ª de 1992, *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”*, disponiendo en el parágrafo del artículo 14, lo siguiente:

“(…)

PARÁGRAFO. *Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”* (Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, en cumplimiento al mandato legislativo previamente referido, el Gobierno Nacional expidió los Decretos Nos. 2699 de 1991 -Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación-, contentivo del Régimen Salarial y Prestacional de los servidores públicos a ella vinculados y 53 de 1993, para los empleados que empezaron a laborar con posterioridad a la

vigencia del mismo, el cual se hizo extensivo para quienes voluntariamente a él se acogieran.

Ahora bien, el Presidente de la República expidió el Decreto No. 382 del 6 de marzo de 2013, *“por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”* el cual dispuso en sus artículos 1 y 2, lo siguiente:

“Artículo 1°. Créase para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto número 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el Decreto número 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1° de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año, al valor que se fija en la siguiente tabla:

(...)

Parágrafo. *La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.*

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor

Expediente: 2021-0147-00

(IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)”

Artículo 2°. *Los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que no optaron por el régimen establecido en el Decreto número 53 de 1993 y que continúan con el régimen del Decreto número 839 de 2012 y las disposiciones que lo modifican o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en el Decreto número 53 de 1993, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio”.*

De la anterior norma, se colige que el Gobierno Nacional creó una bonificación judicial para los servidores públicos pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación, la cual se reconocerá mensualmente a partir del 1 de enero de 2013, y constituirá únicamente factor salarial para la Base de Cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, debiéndose reajustar anualmente a partir del año 2014 y hasta el 2018, de acuerdo con la Variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) en el 2%, respecto del valor asignado en el año inmediatamente anterior.

El mencionado Decreto, fue modificado por el Decreto No. 022 del 9 de enero de 2014, el cual dispuso el pago de dicha bonificación “a partir del 1° de enero de 2014”.

Así mismo, a través del Decreto No. 1270 del 9 de enero de 2015, se estableció el pago de dicha bonificación “a partir del 1 de enero de 2015”, el cual a su vez fue modificado por medio del Decreto 0247 del 12 de febrero de 2016, estimando su pago “a partir del 1 de enero de 2016”.

Sobre el alcance de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, el H. Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección “A” en Sentencia del 6 de julio de 2017¹, señaló:

¹ Expediente: 11001-03-24-000-2008-00390-00, Actor: Fernando Quiroga Botero, Demandado: Ministerio de la Protección Social y Departamento de la Función Pública, Magistrado Ponente: William Hernández Gómez

“(…) La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado se ha referido al ejercicio debido y a los límites de dicha atribución. Al respecto, esta Sección señaló que la función que cumple el Gobierno con el ejercicio del poder reglamentario es la de complementar la ley, en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella, con el propósito de permitir su ejecución, pero ello no conlleva la interpretación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene.

Para el ejercicio de la atribución en cuestión, el ejecutivo debe limitarse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en ese orden, no le está dado introducir normas que no se desprendan natural lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, como tampoco puede suprimirla o modificarla ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues excedería sus competencias e invadiría las así dadas por la Constitución al legislador. (…)

(…) el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo está atado a la ley que desarrolla, sino también, a los postulados superiores contenidos en la Constitución Política”, así como a los fines del Estado Social de Derecho”, a los cuales no puede ser ajeno en el ejercicio de sus funciones. (…) Negrilla y subrayado fuera de texto original)

5.3.2. EL CONCEPTO DE SALARIO Y SU NATURALEZA.

La Constitución Política en su artículo 53, dispuso:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; **remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo**; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”* (Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, la Ley 54 de 1962, “Por la cual se aprueban varios Convenios Internacionales del Trabajo adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, en las reuniones 20ª, 32ª, 34ª y 40ª”, en su artículo 1, ratificó el Convenio No. 95 de la OIT, relativo a la protección del salario, así:

*"Artículo 1. A los efectos del presente convenio el término **"salario"** significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".* (Negrilla fuera del texto original)

A su turno, la Ley 50 de 1990, por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones, dispuso respecto del concepto de salario en sus artículos 14 y 15 lo siguiente:

"Artículo 14. El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 127. Elementos integrantes. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Artículo 15. El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

*Artículo 128. Pagos que no constituyen salario. **No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales,** participación de utilidades, excedente de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie **no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones,** como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad" (Subrayado y Negrillas del Despacho)*

Ahora bien, para el caso de los empleados públicos, el Decreto 1042 de 1978, "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración

correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 42, estableció:

*"Artículo 42: De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, **constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.***
(...)” (Negrilla del Despacho).

5.3.3. DE LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES RESPECTO DEL CONCEPTO DE SALARIO.

El H. Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, a través del Concepto No. 1393 del 18 de junio de 2002, señaló que la definición y noción de salario dispuesta en el Código Sustantivo del Trabajo debe ser aplicada a los empleados públicos, así:

"3. Factores salariales de los servidores públicos del orden nacional y distrital.

El artículo 3º de la ley 4ª de 1992 establece que "el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos." Y el artículo 2 ibídem dispone que para la fijación del régimen salarial - y prestacional también - se tendrá en cuenta "el nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño."

Para la Sala, ante todo, es necesario precisar los conceptos de salario, sueldo, factor salarial, asignación básica, emolumentos y escalas de remuneración.

El salario "... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador". En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990).

*"constituye salario no solo la remuneración ordinaria fija y variable sino **todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte**, como primas, sobresueldos, **bonificaciones habituales**, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones." En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso*

Expediente: 2021-0147-00

obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. (...)" (Negrilla dentro del texto original, subrayado del Juzgado)."

Así mismo, la Sección Segunda de dicha Corporación, en Sentencia proferida el 2 de abril de 2009, Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del expediente No. 1001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), al estudiar la legalidad del artículo 7° del Decreto 618 del 2 de marzo de 2007, que establece la prima especial, señaló:

"(...)

*En lo específico de la figura tomada en su aspecto salarial, el Decreto 1042 de 1968, contentivo de la clasificación y remuneración de los cargos para los empleos públicos, **la noción de "prima" como concepto genérico, emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un "plus" en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.***

Por consiguiente, la Sala puede señalar que el concepto de prima dentro del régimen jurídico anterior a la expedición de la Carta de 1991, opera invariablemente como un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público.

*Posteriormente, con la expedición de la Carta Fundamental de 1991, el concepto mantiene identidad funcional con la manera como el régimen jurídico anterior se refirió a las primas para sobre su estructura representar básicamente un incremento a la remuneración; propiamente es posible reconocer que la Ley 4ª de 1992, retomó los elementos axiológicos de la noción, de manera que volvió a mencionar **el concepto de prima como un fenómeno complementario de adición a la remuneración de los servidores públicos, tal como efectivamente quedó consagrado en los artículos 14 y 15 de dicha codificación; de forma que el entendimiento del concepto en vigencia del sistema de remuneración de los servidores públicos, luego de la Carta de 1991 y conforme a su ley marco, sigue situándose como un incremento, un "plus" para añadir el valor del ingreso laboral del servidor.***

Lo anterior, amerita reflexionar en torno a si asiste razón a la tesis que considera que el concepto de prima dentro de los componentes que integran la remuneración de los servidores públicos, puede válidamente tener significado contradictorio, es decir, negativo a lo analizado o por lo menos, ambiguo para representar al mismo tiempo un agregado en la

Expediente: 2021-0147-00

remuneración y contemporáneamente una merma de efecto adverso en el valor de la misma. Prima facie, es dable afirmar que una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de la Justicia, es decir, es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 2° del artículo 53 de la Constitución Política - , todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, Este razonamiento, además, es consecuente con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; **justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las “primas” en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente.**

Como resulta un contrasentido lógico, extraño al derecho, aceptar que las primas por mas exentas que estén de su carácter salarial representen una merma al valor de la remuneración mensual de los servidores públicos, es consecuencia evidente de lo considerado, concluir que el artículo 7° del Decreto No. 618 de 2007, al tomar un 30% de la remuneración del funcionario para restarle su valor a título de prima especial sin carácter salarial, materialmente condensa una situación de violación a los contenidos y valores establecidos en la Ley 4ª de 1992 y por lo tanto habrá necesidad de excluirlo del ordenamiento jurídico.

El carácter negativo al valor del salario que justifica la anulación, se visualiza en el nexo que existe entre los conceptos salariales admitidos por el ordenamiento para esquematizar el elenco de factores que lo integran y los montos prestacionales que de manera ordinaria representan consistencia y coordinación con lo estrictamente salarial. Así pues, la exclusión del artículo en examen, demuestra además, porqué la norma demandada materializa una situación jurídica insostenible a la luz de los principios constitucionales y de la ley marco sobre el sistema y criterio de la estructura salarial de la función pública, y desde luego, a toda una tradición jurídica que consistentemente ha regulado el sistema salarial y prestacional para en su conjunto permitirle a la Sala precisar, que el alcance de las primas indicadas dentro de la Ley 4ª de 1992 no puede ser otro que el aquí aludido”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En este orden de ideas, de conformidad con el concepto y alcance del salario dado por las normas anteriormente transcritas y las jurisprudencias citadas, resulta claro que las primas o bonificaciones por más exentas que estén de su carácter salarial no se les puede asignar una consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio, en concordancia con el

principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política.

5.4. CASO CONCRETO.

El señor CARLOS RICARDO GAITÁN BAZURDO en su calidad de empleado público de la Fiscalía General de la Nación pretende la inaplicación del artículo 1 del Decreto 0382 del 6 de marzo de 2013, modificado por los Decretos 022 del 9 de enero de 2014, 1270 del 9 de junio de 2015 y 247 del 12 de febrero de 2016, con el fin de que la bonificación judicial que viene percibiendo desde el 1 de enero de 2013, sea tomada en cuenta como factor salarial, a efectos de re-liquidar sus prestaciones sociales.

De las pruebas allegadas al expediente se advierte que el señor JAIME CARLOS RICARDO GAITÁN BAZURDO se vinculó a la Fiscalía General de la Nación desde el 10 de agosto de 2009 en el cargo de FISCAL DELEGADO ANTE JUECES DE CIRCUITO cargo que en la actualidad ostenta en dicha entidad y que desde el primero (1º) de enero de 2013 devenga la Bonificación Judicial, tal como se evidencia en los desprendibles de nómina expedidos por la Fiscalía General de la Nación obrantes en el plenario.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto No. 0382 del 6 de marzo de 2013, la bonificación judicial únicamente constituye factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, señalando expresamente que *“ninguna autoridad puede establecer o modificar el régimen salarial o prestacional allí establecido”*.

Sin embargo, de conformidad con las normas anteriormente transcritas y acogiendo el Despacho los precedentes jurisprudenciales del H. Consejo de Estado que establecieron que constituye salario todo lo que recibe el trabajador habitual y periódicamente en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, **sea cualquiera la forma o denominación que se adopte**, es claro que las primas o bonificaciones son un fenómeno complementario de adición a la remuneración y, en tal virtud, la bonificación judicial que devenga el actor como empleado público de la

Fiscalía General de la Nación está revestida de carácter salarial, en tanto se otorgó como un reconocimiento del Gobierno Nacional al derecho a la nivelación salarial ordenada en la Ley 4ª de 1992, con el fin de cerrar la brecha existente de forma ostensible respecto de los salarios devengados por los Magistrados de Altas Cortes, tal como quedó plasmado en el artículo 1 del Acta de Acuerdo del 6 de noviembre de 2012, expedida en virtud de las negociaciones que dieron origen a dicha Bonificación, así: *“Reconocer el Derecho de Funcionarios y empleados de la Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación a tener una nivelación en la remuneración en el término de la Ley 4ª de 1992, atendiendo criterios de equidad”*².

Así las cosas, si bien el Gobierno Nacional la denominó como una simple bonificación, lo cierto es que al haberse reconocido en virtud de una **“nivelación salarial”**, no puede tener una connotación distinta a salario por el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, amén que la misma ha sido percibida por el señor CARLOS RICARDO GAITÁN BAZURDO de forma periódica habitual y permanente como contraprestación directa de sus servicios, constituyendo factor salarial para todos los efectos legales.

Sobre el carácter salarial de la bonificación judicial, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección “A”³, en Sentencia del 2 de agosto de 2018, discurrió:

“(…)

Conforme a lo previamente expuesto, y teniendo en cuenta el fundamento normativo y jurisprudencial referido en el presente proveído, para la Sala es claro que la causa y finalidad de la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 382 de 2013 y sus decretos modificatorios, es especificar y/o concretar los lineamientos de la norma superior contenida en la Ley 4 de 1992, especialmente el parágrafo de su artículo 14 que ordena nivelar la remuneración de los servidores de la Rama Judicial. Así mismo, debe destacarse que dicha bonificación judicial no fue creada por la mera liberalidad y/o voluntad del Gobierno Nacional, sino como consecuencia de una serie de acuerdos con los representantes sindicales de los empleados de la Rama Judicial que en o de su derecho de huelga reclamaron la materialización de la nivelación salarial dispuesta en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que de la lectura de la normativa contenida en la aducida Ley 4 de 1992, no se observa que la

²El texto total del Acuerdo se encuentra en la página web www.minjusticia.gov.co

³ Expediente: 11001-33-35-008-2015-00765-02 Magistrado Ponente: Néstor Javier Calvo Chaves

Expediente: 2021-0147-00

*intención del legislador fuera la de crear una bonificación sin carácter salarial o un complemento adicional a la remuneración mensual de los empleados judiciales, por el contrario, se evidencia que la orden allí contenida está encaminada a efectuar una nivelación salarial, a partir de la cual se pudiera concretar un equilibrio en términos de remuneración respecto de los cargos de empleados y funcionarios que conforman la planta de personal de la Rama Judicial.
(...)”.*

De otra parte, sobre el alcance de la excepción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional en la Sentencia C-122 de 2011, expresó⁴:

"(...) La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 40 de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicaran las disposiciones constitucionales...". Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada, es constitucional o no. (...)" (subrayado fuera de texto original).

Así mismo, en cuanto a las circunstancias que dan lugar a la aplicación de la figura de inconstitucionalidad, dicha Corporación en Sentencia T- 681 de 2016⁵, indicó:

⁴ Expediente: D-8207 Demandante: Adriana Parra Hernández, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

⁵ Expediente T-5.723.146 Demandante María Dolores Lenis Hernández Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

"(...) 5.1. La excepción de inconstitucionalidad se erige a partir del artículo 4° de la Constitución Política que establece que, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se emplearan las medidas contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica.

(...)

En este sentido consiste en una eficaz herramienta jurídica-política de protección al principio de supremacía constitucional, garantizando (en el caso concreto) su jerarquía y materialidad dentro del sistema de fuentes del derecho.

5.2. Dicha facultad puede ser ejercida de manera oficiosa" o a solicitud de parte cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:

(i) **La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad**, toda vez que "de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado;

La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso"; o,

En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento fundamental". En otras palabras, " puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma • que en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales". (...)" (Negrilla y fuera de texto original).

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 148 al referirse a la figura de control por vía de excepción señala:

“ARTÍCULO 148. CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos inter partes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley”.

Sobre la excepción de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 4 de la Constitución Política, en relación con el aparte pertinente del artículo primero del Decreto 382 de 2013, el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, Sección Segunda- Sala Transitoria⁶, en Sentencia del 30 de julio de 2021, discurrió:

"(...)

*Lo dicho es suficiente para concluir que bajo este marco legal y jurisprudencial, encuentra la Sala que la frase consignada en el artículo primero del Decreto No. 0382 de 2013, "(...) y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud", que le quita efectos salariales a la bonificación judicial, viola de manera flagrante al artículo 53 de la Constitución Política y desconoce el convenio 95 de la OIT que tiene carácter de norma superior, en virtud del bloque de constitucionalidad; al igual que se desconoce la jurisprudencia de las altas cortes, en lo que ellas han señalado en relación a lo que constituye factor salarial. De la misma manera, dicha exclusión es contraria los criterios y principios consagrados en la Ley Marco 4 de 1992, por lo que la sala revocara la sentencia de primera instancia y en su lugar, aplicara la excepción de inconstitucionalidad en la forma aquí indicada y como consecuencia, dicha expresión deberá ser excluida del ordenamiento jurídico y permitir que la bonificación judicial cumpla el propósito consignado en la ley marco y más concretamente a lo consignado en el parágrafo del artículo 14, **surtiendo plenos efectos salariales y constituya nivelación en la remuneración**, siguiendo los principios de equidad. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en este caso concreto y con efecto inter partes (...)"* (Negrilla del despacho).

De acuerdo con lo expuesto, en el caso bajo examen procede la inaplicación deprecada por la parte actora de la expresión "...constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud", prevista en el artículo 1º del Decreto 382 de 2013, modificado por los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, con el fin de reconocer la Bonificación Judicial que percibe el señor CARLOS RICARDO GAITÁN BAZURDO como factor salarial para todos los efectos salariales y prestacionales.

Por lo anotado en las anteriores consideraciones, al hallarse infirmada la presunción de legalidad de los actos acusados, se declarará la nulidad del oficio 20195920014611 del 22 de octubre de 2019, por medio del cual la entidad demandada negó al demandante su petición orientada al reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial así como del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta de la Fiscalía General de la Nación al recurso de apelación

⁶ Expediente: 11001-33-52-018-2018-00119-01 Magistrado Ponente: Javier Alfonso Argote Royero

radicado por el actor el 07 de noviembre de 2019, al encontrarse incursos en causal de nulidad, por las razones expuestas en esta providencia.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación reliquidar y pagar las prestaciones sociales percibidas por el señor CARLOS RICARDO GAITÁN BAZURDO, teniendo como factor salarial para todos los efectos legales la bonificación judicial prevista en el Decreto 382 de 2013 y conforme al fenómeno prescriptivo que se estudiará a continuación.

5.5. PRESCRIPCIÓN DEL REAJUSTE PRESTACIONAL.

En éste acápite, el Despacho estudiará la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.

Las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción de los derechos en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁷.

En ese sentido, advierte el Despacho que la bonificación judicial se hizo exigible a partir del 1 de enero de 2013 y el demandante presentó reclamación administrativa el 04 de octubre de 2019, solicitando el reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial, razón por la cual las diferencias prestacionales anteriores al 04 de octubre de 2016, se encuentran prescritas y así habrá de declararse en la parte resolutive de esta sentencia.

5.6. COSTAS.

⁷ **Artículo 151.** Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales, prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: INAPLICAR la expresión “...constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”, prevista en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013, modificado por los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, con el fin de reconocer la Bonificación Judicial como factor salarial computable para las prestaciones sociales reconocidas y pagadas al demandante como funcionario de la Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta del recurso de apelación de fecha **07 de noviembre de 2019**, interpuesto por el demandante ante la Fiscalía General de la Nación, con número de radicación No. 20196111008472.

TERCERO: Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos i) oficio No. 20195920014611 de 22 de octubre de 2019, por medio del cual la Fiscalía General de la Nación, negó al actor la reliquidación de sus prestaciones sociales, teniendo en cuenta para el efecto la bonificación judicial y ii) del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta de la Fiscalía General de la Nación al recurso de apelación No. **20196111008472 07 de noviembre de 2019**, a través de la cual el demandante solicitó revocar el oficio No. 20195920014611 del 22 de octubre de 2019 y reliquidar las prestaciones sociales.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de las diferencias prestacionales percibidas por el actor con anterioridad al **04 de octubre de 2016**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a **i)** RELIQUIDAR las prestaciones sociales devengadas por el señor CARLOS RICARDO GAITÁN BAZURDO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.277.316, teniendo en cuenta para el efecto la bonificación judicial y **ii)** PAGAR las diferencias que se originen entre lo ya pagado y lo que se debió pagar, a partir del **04 de octubre de 2016**, por prescripción trienal, mientras la cause y hasta el retiro definitivo del servicio, conforme a lo expuesto en la presente sentencia.

QUINTO: CONDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar al señor CARLOS RICARDO GAITÁN BAZURDO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.277.316, los valores señalados en el numeral anterior con la aplicación de la siguiente fórmula: $R = Rh \text{ (Ind. F/ Ind. I)}$, en la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el Índice Final de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E., vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada salario y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada sueldo, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos hasta el reajuste prestacional.

SEXTO: Sin costas a cargo de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

SÉPTIMO: A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

Expediente: 2021-0147-00

OCTAVO: Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

NOVENO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

DECIMO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
Juez

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 009 de hoy 13 de mayo de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

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

Expediente: 2021-0147-00

Código de verificación:

0fbac38c7b54a30baf28c1d7b6ae48a15728be9599ebd368a6b27e8fc4d502f0

Documento generado en 09/05/2022 06:36:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso:	11001-33-35-018-2021-00060-00
Demandante:	MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ
Demandado:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-
Asunto:	SENTENCIA

La señora **MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.456.835, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. Pretensiones. La parte demandante pretende las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.1 Que se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la pensión gracia, que enunció en el siguiente orden: las Resoluciones Nos. 27437 del 21 de noviembre de 2000 y 00859 de 13 de febrero de 2002, el auto No. 100054 del 13 de enero de 2003, las Resoluciones Nos. 15890 del 30 de septiembre de 2010, 8287 del 19 de septiembre de 2008 y 2710 del 25 de enero de 2010, la Resolución PAP 038837 del 16 de febrero de 2011, y la Resolución RDP 005398 del 20 de enero de 2019.

1.1.2 Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de

restablecimiento del derecho, pretende:

(i) Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- a reconocer y a pagar a la actora la pensión gracia a partir del 1° de enero de 2009.

(ii) Se condene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- a reconocer los emolumentos dejados de percibir a partir de la causación del derecho – 1° de enero de 2009 – hasta cuando se haga efectivo su pago.

(iii) Que se actualice la condena desde la causación del derecho – 1° de enero de 2009 – hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

(iv) Que se liquiden intereses comerciales y moratorios, si no se cumple la sentencia de forma oportuna.

1.2 HECHOS.

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1 La señora María Esperanza Olmos Cruz nació el 4 de noviembre de 1949, según de su registro civil de nacimiento y su cédula de ciudadanía.

1.2.2 Señala que ha laborado en las siguientes instituciones: (i) la Cárcel del Distrito Judicial “La Modelo” de Bogotá, como profesora de enseñanza elemental 2ª Categoría, durante diez (10) meses y veintidós (22) días; (ii) el INPEC del 1° de febrero de 1971 hasta el 22 de diciembre de 1971; (iii) en Bogotá D.C. como docente de Ciencias Sociales II y con funciones Directora de Jardines Infantiles, entre el 3 de enero de 1972 hasta el 1 de abril de 1975, equivalentes a tres (3) años y un (1) mes; (iv) en la Universidad Pedagógica Nacional, desde el 3 de febrero de 1975

al 31 de marzo de 1979, y del 1° de abril de 1979 al 30 de diciembre de 2008, tiempo que suma en treinta y dos (32) años, nueve (9) meses y veintisiete (27) días, y la renuncia se aceptó por medio de la Resolución 1260 del 10 de diciembre de 2010.

1.2.3 Aclara que el tiempo de servicio en la Universidad Pedagógica Nacional lo prestó al Instituto Pedagógico Nacional del 3 de febrero de 1975 al 31 de marzo de 1979, como experta en preescolar, 4ª categoría, y secundaria; y como docente de tiempo completo escalafonada en el Grado 14, del 1° de abril de 1979 al 31 de diciembre de 2008.

1.2.4 Al mismo tiempo, advierte que entre el 2 de abril de 1975 y el 30 de enero de 1988, laboró como maestra de primaria de media jornada en el departamento de Cundinamarca, lapso que ascendió a doce (12) años, ocho (8) meses y veintinueve (29) días.

1.2.5 Agrega que tuvo dos (2) licencias no remuneradas, así: por 30 días el 1° de marzo de 1985, Res. 927/85, y por 28 días en febrero 1° de 1988, Dto. 238/88.

1.2.6 Informa que en la primera ocasión que solicitó la pensión gracia, se le negó por medio de la Resolución 27437 del 21 de noviembre de 2000, contra la cual interpuso el recurso de reposición que se desató mediante la Resolución 0859 de 13 de febrero de 2002, la cual confirmó la Resolución primigenia, y además, se expidió el Auto No. 100054 del 13 de enero de 2000.

1.2.7 Posteriormente, en cumplimiento del fallo de tutela del 21 de julio de 2005, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, la extinta CAJANAL EICE le reconoció la pensión gracia a partir del 4 de noviembre de 1999, mediante la Resolución 8287 del 19 de septiembre de 2006.

1.2.8 Sin embargo, precisa que la Corte Suprema de Justicia invalidó la aludida sentencia del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de

Buenaventura, y en tal virtud, se revocó la Resolución 8287 del 19 de septiembre de 2006, por medio de la Resolución 2710 del 25 de enero de 2010.

1.2.9 Manifiesta que volvió a solicitar la pensión gracia con radicado 38403 del 22 de julio de 2010.

1.2.10 Indica que a través de la Resolución PAP 15890 del 30 de septiembre de 2010 se le negó el reconocimiento de la pensión gracia, por no haber acreditado los 20 años de servicios como docente nacionalizada, departamental, municipal o distrital, decisión que se confirmó por medio de la Resolución PAP 38837 del 16 de febrero de 2011 que resolvió el recurso de reposición.

1.2.11 Informa que goza de pensión de jubilación ordinaria, reconocida por CAJANAL mediante la Resolución 45679 del 10 de septiembre de 2008, a partir del 1° de enero de 2009, que luego se reliquidó por medio de la Resolución RDP 4166 del 21 de junio de 2012.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 13, 29, 48, 83 y 90 de la Constitución Política, y la sentencia del 21 de junio de 2018, Rad. 25000 23 42 000 2013 04683 01 (3805-2014), del Consejo de Estado, CP Carmelo Perdomo Cuéter que transcribió en su totalidad.

El concepto de la violación se circunscribe a señalar que el precedente jurisprudencial antes referenciado, indica que se debe tomar el vínculo laboral, sea el ente nacional o nacionalizado, lo cual, a criterio del libelista, no hizo la UGPP al expedir la Resolución No. RDP 005398 del 20 de febrero de 2019, pese a que el único tiempo como docente nacional, fue cuando laboró para la Universidad Pedagógica Nacional, entre el 3 de febrero de 1975 y el 31 de diciembre de 2008.

Agregó que la UGPP no tuvo en cuenta el desempeño como docente escolar del escalafón, así: (i) en Bogotá D.C. del 3 de febrero de 1971

al 2 de febrero de 1975 y del 3 de febrero al 1° de septiembre de 1975; (ii) en el Departamento de Cundinamarca del 2 de abril de 1975 al 30 de enero de 1988; y (iii) en el Instituto Pedagógico Nacional del 3 de febrero de 1975 al 31 de marzo de 1979, y (iv) en la cárcel Distrital Modelo desde el 1° de febrero de 1971 al 22 de septiembre de 1971.

Considera que durante los anteriores lapsos que sumó los siguientes tiempos: en Bogotá D.C. tres (3) años, siete (7) meses y treinta (30) días; en el Dpto. de Cundinamarca doce (12) años, nueve (9) meses y veintinueve (29) días; en el Instituto Pedagógico Nacional tres (3) años, nueve (9) meses y treinta (30) días; en la Cárcel Distrital Modelo diez (10) meses y veintidós (22) días, para un total que estima superior a los veinte (20) años que exige la normativa para el reconocimiento de la pensión gracia.

III. CONTESTACIÓN.

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del **3 de agosto de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, y se manifestó frente a los hechos, y expuso las siguiente razones de defensa:

Señala que la actora acreditó los siguientes tiempos:

ENTIDAD	VINCULACIÓN	INICIO	HASTA
INPEC	Empleada p.	01-12-71	22-12-1971
DABS, hoy SDIS.	Directora Jardín I.	03-01-72	01-04-1975
DTO DE CUNDINAMARCA	Nacionalizado	02-04-75	30-01-1988
U. PEDAGOGICA NNAL.	Empleada	03-02-75	31-12-2008

Con fundamento en lo anterior, la entidad demandada arribó a las siguientes conclusiones:

(i) La vinculación de la demandante con el Departamento Administrativo de Bienestar Social, ahora Secretaría Distrital de Integración Social, nació de un contrato civil de prestación de servicios, y además, el vínculo como Directora de Jardín Infantil, por el periodo comprendido entre el 3 de enero de 1972 y el 1° de abril de 1975, no podía ser tenido en cuenta porque el cargo no es destinatario

de la prestación, pues no lo ejerció como docente de carácter departamental, municipal o nacionalizado, conforme a lo establecido en los artículos 2, 26, 32 y 35 del Decreto Ley 2277 de 1979.

(ii) Los tiempos prestados en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y la Universidad Pedagógica Nacional, tampoco se pueden computar para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación gracia, porque su vinculación se realizó como empleada pública, más no como docente.

(iii) Los tiempos laborados en Bogotá D.C. tampoco se tuvieron en cuenta porque los nombramientos provienen del Ministerio de Educación, es decir, como docente nacional, y son incompatibles con los tiempos como docente territorial.

(iv) Los tiempos en el departamento de Cundinamarca se estiman computables porque fueron en la modalidad de docente nacionalizado y con anterioridad al 29 de diciembre de 1989, cuando entró en vigencia la Ley 91 de 1989; empero, la vinculación transcurrió entre 2 de abril de 1975 y el 30 de enero de 1988, para un total de doce (12) años, nueve (9) meses, y veintiocho (28) días, y por consiguiente, no es suficiente para cumplir con el requisito de los veinte (20) años de servicios para acceder a la pensión gracia.

La defensa sustenta su postura en la sentencia C-489 de 2000, en cuanto señala que el derecho a la pensión gracia sólo es para los docentes oficiales territoriales y nacionalizados que hayan causado el derecho antes del 29 de diciembre de 1989, en vigencia de la Ley 91 de 1989, y en general, señaló que no se cumplen con las condiciones establecidas en los artículos 1º de la Ley 114 de 1943, y el 15, numeral 2 literal A, de la Ley 91 de 1989.

Expuso los trámites seguidos para negar la pensión gracia, como para reconocer la pensión ordinaria de vejez, en los siguientes términos:

Mediante la Resolución No. 27437 del 21 de noviembre de 2000, se

negó el reconocimiento de la pensión gracia a la demandante, y seguidamente, por Resolución No. 859 del 13 de febrero de 2006, se resolvió el recurso de apelación en el sentido de confirmar la Resolución No. 27437 del 21 de noviembre de 2000.

Por su parte, mediante la Resolución No. 8287 del 19 de febrero de 2006, se dio cumplimiento a un fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, ordenándose el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación gracia a la demandante, acto que se revocó con la Resolución No. PAP 2710 del 25 de enero de 2010, en cumplimiento de un fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, que declaró inválida la sentencia del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura.

Posteriormente, se negó el reconocimiento de la pensión por medio de la Resolución No. PAP 15890 del 30 de septiembre de 2010, acto administrativo que se confirmó al resolver el recurso de reposición mediante la Resolución No. PAP 38837 del 16 de febrero de 2011, y finalmente, se negó la aludida prestación a través de la Resolución No. RDP 003598 del 20 de febrero de 2019, en razón a que la demandante no acreditó los veinte (20) años de servicios en la docencia con vinculación de orden nacionalizada, departamental, municipal y/o distrital.

En cuanto a la pensión de vejez, señala que la reconoció por medio de la Resolución No. 45697 del 10 de septiembre de 2008, y luego la reliquidó mediante la Resolución No. RDP 4166 del 21 de junio de 2012, que confirmó a través de las Resoluciones Nos. RDP 08273 del 27 de agosto y RDP 013363 del 26 de octubre, ambas de 2012, las que se expidieron para resolver los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

Agregó que la pensión de vejez se reconoció por los tiempos de servicios como empleada pública, distribuidos así:

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DIAS
INPEC	19710201	19711222	TIEMPO SERVICIO	322
BGTA DSTO CAPITAL	19720103	19750202	TIEMPO SERVICIO	1110
BGTA DSTO CAPITAL	19750203	19750401	TIEMPO SERVICIO	59
UNI PEDAGOGICA TECNO	19750203	20081230	TIEMPO SERVICIO	12208
DPTO CUND	19750402	19880130	TIEMPO SERVICIO	4619

De otra parte, la demandada propuso las siguientes excepciones:

(i) Inexistencia de la obligación por no cumplimiento de los requisitos legales-el demandante ya es beneficiario de una pensión con cargo a los recursos de la nación:

Las razones que expone se contraen a que los tiempos de servicios acreditados fueron como docente nacional, o como servidora pública, más no como docente, y el tiempo prestado como docente del departamento de Cundinamarca no suma los veinte (20) años de servicios, pues los mismos no son acumulables con los tiempos de servicios del orden nacional.

Consideró importante tener en cuenta la función social de la pensión gracia, como una dádiva del Estado para quienes ejercieron la docencia de los municipios, distritos o departamentos, para compensar o mejorar sus circunstancias económicas, que se superaron con la nacionalización de la educación, por lo cual se eliminó dicha dádiva.

(ii) Inexistencia de la obligación por no cumplimiento de los requisitos legales:

Expresó que la UGPP no puede reconocer la pensión gracia cuando no se cumplen los requisitos legales, pues los certificados expedidos por el INPEC, la Universidad Pedagógica de Colombia y la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, indican que la vinculación de la demandante se dio en el orden nacional, o tiene origen en contrato de prestación de servicios, como ocurre con la vinculación al Departamento Administrativo de Bienestar Social ahora Secretaría Distrital de Integración Social y, en todo caso, los certificados indican que las funciones no se encuentran relacionadas con la enseñanza, conforme lo establecen los artículos 1° de la Ley 114 de 1943, y 15, numeral 2) literal A), de la Ley 91 de 1989.

(iii) Improcedencia del reconocimiento y pago de la pensión gracia, como quiera que la demandante no tiene carácter docente bajo los parámetros del decreto 2277 de 1979: Afirma que la pensión gracia se causa únicamente para los docentes que cumplan 20 años de servicio a la docencia departamental, municipal o distrital en propiedad al 31 de diciembre de 1980, y en este caso particular, el periodo comprendido entre el 3 de enero de 1972 hasta el 01 de abril de 1975, al servicio del Departamento Administrativo del Bienestar Social del Distrito, no son en calidad de docente, sino como Directora de Jardín.

(iv) Ausencia de Fundamentos Jurídicos: Reitera que la demandante no cumplió con los requisitos de la pensión gracia, establecidos mediante los artículos 1º de la Ley 114 de 1943, y el 15, numeral 2) literal A), de la Ley 91 de 1989.

(v) No es procedente el reconocimiento de la pensión gracia en favor de la demandante, por expreso incumplimiento del artículo 4º numeral 3º de la ley 114 de 1913: La defensa vuelve a retomar los argumentos expuestos en las demás excepciones.

(vi) Presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos por la entidad de pensiones: Expresó que los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad, y por consiguiente, considera que le corresponde a la parte demandante asumir la carga de la prueba para desvirtuar la mencionada presunción, por las causales de nulidad establecidas en la ley.

(vii) Buena fe: Manifiesta que ha actuado en cumplimiento de la Constitución y la ley.

(viii) La carga de la prueba está en cabeza del interesado – artículo 167 del CGP - la incompletitud documental es imputable a la parte encargada de probar el derecho: Señala que las certificaciones aportadas en sede administrativas no son documentos idóneos para certificar tiempos como docente, como quiera que en ninguna de

las certificaciones se indica que su vinculación laboral haya sido a la docencia territorial en propiedad, con anterioridad al 31 de diciembre de 1980, y por consiguiente, observa que se negó en debida forma el derecho a la pensión gracia.

(ix) Prescripción: Aprecia que se deben declararse prescritos todos los derechos cuando no hayan reclamado dentro del término establecido por la normatividad laboral.

(x) Innominada o genérica: Solicita que se declaren todas aquellas excepciones que no han sido alegadas, y que se encuentren probadas dentro del respectivo trámite procesal.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **día 8 de abril de 2022**, presentó alegatos de conclusión indicando que el asunto gira en torno a establecer si se puede computar la vinculación de la actora a entes del orden nacional, o solo en calidad de nacionalizado.

Al respecto, sostuvo que la UGPP no reconoció la pensión Gracia solicitada, por el tiempo que estuvo vinculada como docente nacional en la Universidad Pedagógica Nacional, del 3 de febrero de 1975 al 31 de diciembre del 2008, pese a que en el periodo comprendido entre el 3 de febrero de 1975 al 31 de marzo de 1979, prestó servicios en el cargo de Experta en Preescolar, 4 categoría, del Jardín Infantil del Instituto Pedagógico Nacional, es decir, en educación primaria, como lo señala el acta de posesión, mientras que el tiempo laborado del 1º de abril de 1979 al 31 de diciembre del 2008, en la misma Universidad, fue como profesora de tiempo completo del Escalafón Nacional, en el grado 14, según formatos de certificado laboral expedidos el 26 de mayo de 2017, que se aportaron con la demanda.

Cita la certificación de la División de Personal de la Universidad Pedagógica Nacional, del 10 de noviembre de 1999, que acredita a la actora como Experta en Preescolar 4ª, categoría de secundaria adscrita al Jardín Infantil y Profesora de tiempo completo, 4ª. Categoría, del escalafón de secundaria en el Instituto Pedagógico Nacional.

Aduce que la Ley 43 de 1975 trasladó a la Nación la responsabilidad del pago de las prestaciones económicas de los profesores de primaria y secundaria, siempre y cuando se hubieran vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980, y por consiguiente, considera que el tiempo laborado en el Instituto Pedagógico Nacional, adscrito a la Universidad pedagógica Nacional, entre el 3 de febrero de 1975 al 31 de marzo de 1979, corresponde a tres (03) años, nueve (09) meses y treinta (30) días, que sumados al tiempo laborado en el Distrito Capital, y al Departamento de Cundinamarca, se superan los veinte años que exige la respectiva normativa.

Aunado a lo anterior, considera que también aplica el tiempo laborado como profesora en provisionalidad de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá, “La Modelo”, que correspondía a la Dirección Nacional de Prisiones, según el Decreto No. 2160 de 1992, *“por el cual se fusiona la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y se crea el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC”*, en donde laboró desde el 1 de febrero de 1971 hasta el 22 de diciembre de 1971, tiempo que asciende a 10 meses y 22 días, como docente nacionalizado.

4.2 PARTE DEMANDADA

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito **del 8 de abril de 2022**, allegado vía correo electrónico, presentó los alegatos de conclusión, que introdujo con la exposición del régimen de la pensión gracia, conformado por la Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 91 de 1989, con el fin de señalar que, de acuerdo con dicha normativa, se requiere haber prestado servicios como docente de enseñanza primaria, por un tiempo no menor a veinte (20) años.

Al descender al material probatorio, expresó que los tiempos prestados con el Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario, INPEC, y la Universidad Pedagógica Nacional, no pueden ser computados para el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación gracia, porque su vinculación no es como docente sino como empleada pública.

Reitera que tampoco pueden ser tenidos en cuenta los tiempos prestados con el Departamento Administrativo de Bienestar Social, hoy Secretaría Distrital de Integración Social, porque tienen origen en un contrato civil de prestación de servicios, en calidad de Directora de Jardines, cargo que, además, no se encuentra establecido en el Decreto Ley 2277 de 1979.

Frente los tiempos laborados en el DISTRITO CAPITAL, observa que los nombramientos provienen del Ministerio de Educación, es decir, que corresponde a una vinculación de orden nacional.

En ese sentido, si bien, reconoció que los tiempos laborados en el departamento de Cundinamarca, se dieron en la modalidad de nacionalizado, por el periodo comprendido entre el 2 de abril de 1975 y el 30 de enero de 1988, no es suficiente para acceder a la pensión gracia porque sólo suma doce (12) años, nueve (9) meses, y veintiocho (28) días.

De otra parte, advierte que la señora MARÍA ESPERANZA OLMOS CRUZ, actualmente devenga la pensión de vejez, reconocida por la extinta Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL, mediante Resolución No. 45697 del 10 de septiembre de 2008, que se hizo por los tiempos de servicios prestados al Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario, INPEC, Distrito Capital, la Universidad Pedagógica Nacional, y el departamento de Cundinamarca.

Lo anterior, le permite afirmar que los actos administrativos demandados se ajustan a derecho, pues la accionante no demostró el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para ser acreedora a la pensión gracia.

4.3 AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones propuestas por el extremo demandado, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción de **prescripción** se precisa que será resuelta en caso de prosperar las pretensiones de la demanda y en cuanto a la **genérica**, se advierte que no se encontraron excepciones que deban ser declaradas de oficio al proferir el presente fallo.

5.2 HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante que sustenta los hechos y pretensiones:

5.2.1 Copia del Registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía de la señora María Esperanza Olmos Cruz, documentos que consignan que nació el 4 de noviembre de 1949.

5.2.2 Acta de posesión No. 265 del 6 de julio de 1971 del cual se extrae que la señora María Esperanza Olmos Cruz se posesionó en el cargo “*PROFESOR DE ENSEÑANZA ELEMENTAL CATEGORIA 2ª DE LA CARCEL DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ “LA MODELO” – DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES*”, nombrada por Resolución 1203 del 19 de mayo de 1971 con carácter de provisional.

5.2.3 Certificado de Información Laboral del 23 de agosto de 2017, expedido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, que acredita el periodo de la vinculación laboral de la de la señora María Esperanza Olmos Cruz, así:

D. VINCULACIONES LABORALES VALIDAS PARA BONO PENSIONAL O PENSION (Si falta espacio utilice hoja adicional firmada con el mismo numero consecutivo) Elaborar de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 3° del Decreto 1748 de 1995, adicionado por el Artículo 3° del Decreto 1513 de 1996														
25. PERIODOS DE VINCULACION LABORAL						26. ENTIDAD EMPLEADORA	27. Cargo / Observaciones	28. INTERRUPCIONES LABORALES NO						29. Total de días de interrupción
DESDE			HASTA					DESDE			HASTA			
Día	Mes	Año	Día	Mes	Año			Día	Mes	Año	Día	Mes	Año	
1	01	02	1971	22	12	1971	MIN. JUSTICIA	PROFESOR ENS. ELEM. 2						

5.2.4 Constancia expedida por la Jefe de la División de Recursos Humanos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario del 23 de abril de 1996, que señala lo siguiente:

Que, la señora MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.456.835 expedida en Bogotá, laboró - durante el tiempo comprendido del 1 de Febrero de 1971 hasta el 22 de Diciembre de 1971 fecha en la cual fué aceptada la renuncia mediante Resolución No. 4538.

Desempeñando el cargo de Profesor de Enseñanza Elemental 2da. categoría de la Cárcel Distrito Judicial La Modelo.

5.2.5 Constancia laboral expedida el 23 de abril de 1996 por la Jefe de la División de Recursos Humanos del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito, en los términos que siguen:

Que la señora MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ identificada con la cédula de ciudadanía número 41.456.835 de Bogotá prestó sus servicios a esta Entidad desde el 3 de enero de 1972 hasta el 1 de abril de 1975 desempeñando el cargo Profesional en Ciencias Sociales II, con funciones de Directora de Jardines Infantiles.

5.2.6 Certificado expedido el 10 de mayo de 2010 por la Asesora de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Integración Social, así:

Que la ex servidora pública MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ identificada con la cédula de ciudadanía No.41.456.835 de Bogotá, ingresó a la Secretaría mediante Contrato Individual de Trabajo en el cargo Directora de Jardín del 3 de enero al 31 de diciembre de 1972 en el Jardín Infantil Bellavista; contrato prorrogado durante todo el año 1973.

De acuerdo al Contrato de Prestación de Servicios No.002 ocupó el cargo Directora del Jardín Infantil Bellavista del 1 de enero al 31 de diciembre de 1974.

Según Decreto No.193 del 25 de febrero de 1975 se nombra en propiedad para desempeñar el cargo Profesional en Ciencias Sociales II en Prevención a partir del 1 de enero de 1975.

Mediante Decreto No.392 de abril 18 de 1975 se acepta la renuncia del cargo Profesional en Ciencias Sociales II a partir del 1 de abril de 1975.

5.2.7 Certificado de Información Laboral del 10 de mayo de 2010, expedido por la Secretaría Distrital de Integración Social, que acredita el periodo de la vinculación laboral de la señora María Esperanza Olmos Cruz, así:

D. VINCULACIONES LABORALES VALIDAS PARA BONO PENSIONAL O PENSION (Si falta espacio utilice hoja adicional firmada con el mismo número consecutivo)														
Digitar de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 3° del Decreto 1748 de 1995, adicionado por el Artículo 3° del Decreto 1513 de 1998.														
25. PERIODOS DE VINCULACION LABORAL						26. ENTIDAD EMPLEADORA	27. Cargo / Observaciones	28. Interrupciones laborales no remuneradas (para cada periodo)						29. Total de días de interrupción
DESDE			HASTA					DESDE			HASTA			
Día	Mes	Año	Día	Mes	Año			Día	Mes	Año	Día	Mes	Año	
1	3	1	1972	1	4	1975	SECRETARIA DISTRITAL DE	PROFESIONAL EN CIENCIAS					0	
2								SOCIALES II						

5.2.8 Certificado del 3 de diciembre de 1999 expedido por el Jefe de la División de Desarrollo de Personal Docente de la Secretaría de Educación del departamento de Cundinamarca, en los siguientes términos:

Que de acuerdo con la hoja de vida de OLMOS CRUZ MARIA ESPERANZA, identificada con la cedula No 41.456.835 de Bogotá prestó sus servicios como Docente así:
Que DTO 938/75 fue nombrada como MAESTRA PRIMARIA Jardín Infantil municipio de La Calera A.P. ABRIL 2/75 /
Que DTO 119/76 Maestra Primaria Jardín Infantil municipio de La Calera Incorporación al FER /
LICENCIAS SIN REMINERACION : POR 30 DIAS A.P. MARZO 1/85 RES 927/85 POR 28 DIAS A.P. FEBRERO 1/88 DTO 238/88 /
Que DTO 457/88 ACEPTADA LA RENUNCIA A.P. FEBRERO 29/88 PERO SOLO TRABAJO HASTA ENERO 30/88 /

5.2.9 Decreto 0938 de 10 de marzo de 1975 “Por el cual se incorpora a la Planta de Personal de la División de Servicios Educativos los Directores y maestros de los Jardines Infantiles, se hacen unos traslados, unos nombramientos y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobernador del departamento de Cundinamarca, que respecto de la actora dispuso lo siguiente:

ARTICULO 10. -Nómbrese a la señorita ESPERANZA OLMOS C., Directora del Jardín Infantil del municipio de La Calera, con una asignación de \$3.100.00 mensuales, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2o. del Decreto 0673 de marzo 6 de 1975, por creación de cargo.

5.2.10 Acta de Posesión No. 0885 del 2 abril de 1975, según la cual la señora María Esperanza Olmos Cruz se posesionó en el cargo de “Directora del Jardín Infantil del Municipio de la Calera”, para el cual fue nombrada por Decreto 0938 de 1975.

5.2.11 Formato Único del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales para la Expedición del Certificado de Historia Laboral, diligenciado el 20 de agosto de 2017 por la Secretaría de Educación de Cundinamarca, en el cual se indica la situación laboral de la señora María Esperanza Olmos Cruz, durante la existencia del vínculo legal y reglamentario, en los siguientes términos:

III. SITUACION LABORAL		2. REGIMEN DE PENSIONES	
1. REGIMEN DE CESANTIAS		2. REGIMEN DE PENSIONES	
Aneal ☐	Retroactivo ☒	Nacional ☐	Nacionalizado ☒
		Vigencia 812/2003 ☐	
3 CARGO:	Docente ☐	Directivo Docente ☐	Cual? Sin Homologar ☐
4 NIVEL:	Preescolar ☒	Primaria ☐	Básica Secundaria ☐
5 ACTIVO:	SI ☐	NO ☒	
6 TIPO DE NOMBRAMIENTO:		Periodo de Prueba ☐	
		Propiedad ☐	
		Provisionalidad ☐	
		Otro ☒	
		Cual? ☐	

5.2.12 Certificado expedido el 3 de diciembre de 199 por el Jefe de la División de Desarrollo de Personal Docente de la Secretaría de Educación y Cultura del departamento de Cundinamarca, con el siguiente contenido:

1o. Quê de acuerdo con la Hoja de Vida de: OLMOS CRUZ MARIA ESPERANZA /
con C. C. No. 41.456.835 / de BOGOTA /
SIRVE: _____ SIRVIÓ: XX / en el Departamento como: EDUCADORA /
DESDE ABRIL 2/75 HASTA FEBRERO ULTIMO/85 / DESDE ABRIL 1/75 HASTA ENERO /
30/88 /
TIEMPO SERVIDO: 12 / AÑOS: 08 / MESES: 29 / DÍAS.
2o. Actualmente figura trabajando en: NO /
DTO 457/88 ACEPTADA LA RENUNCIA A.P. FEBRERO 29/88 PERO SOLO TRABAJO /
HASTA ENERO 30/88 /
LICENCIAS SIN REMUNERACIÓN: POR 30 DIAS A.P. MARZO 1/85 RES 927/85 /
POR 28 DIAS A.P. FEBRERO 1/88 DTO 238/88 /

5.2.13 Decreto No. 0457 del 8 de abril de 1988, por medio del cual el Gobernador del departamento de Cundinamarca acepta la renuncia a la señora María Esperanza Olmos Cruz, así:

ARTICULO 1o.- Aceptar la Renuncia del cargo de maestra del JARDIN INFANTIL - DIRECTORA del municipio de LA CALERA , presentada por la señorita MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ , Identificada con C.C. No. 41.456.835 de Bogotá, a partir del VEINTINUEVE (29) DE FEBRERO de mil novecientos ochenta y ocho (1988) .

5.2.14 Certificado de Información Laboral del 26 de mayo de 2017, expedido por la Universidad Pedagógica de Nacional, que acredita el periodo de vinculación laboral de la señora María Esperanza Olmos Cruz, así:

D. VINCULACIONES LABORALES (Si falta espacio utilice hoja adicional firmada con el mismo numero consecutivo)														
25. PERIODOS DE VINCULACION LABORAL						26. ENTIDAD EMPLEADORA	27. Cargo / Observaciones	28. INTERRUPCIONES LABORALES NO REMUNERADAS (para cada periodo)						29. Total de días de interrupción
DESDE			HASTA					DESDE			HASTA			
Día	Mes	Año	Día	Mes	Año			Día	Mes	Año	Día	Mes	Año	
1	03	02	1.975	31	03	1.979	Univers. Pedagógica Nacional - Instituto Pedagógico Nacional	Experta Preescolar 4a. Categoría Secundaria	---	---	---	---	---	00
2	01	04	1.979	31	12	2.008	Univers. Pedagógica Nacional - Instituto Pedagógico Nacional	Profesor Tiempo Completo del Escalafón Nacional Docente Grado 14	---	---	---	---	---	00
3														

5.2.15 Constancia expedida el 26 de mayo de 2017 por la Subdirección de Personal de la Universidad Pedagógica Nacional, en la cual se lee:

Que revisada la carpeta de la profesora **MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.456.835 de Bogotá, D.C., se constató que fue, vinculada en la Unidad Académico Administrativa Instituto Pedagógico Nacional, como Docente Oficial en los niveles de Preescolar Básica y Media su régimen Salarial y Prestacional es lo contemplado en el Decreto 2277 de 1979 (ESTATUTO DOCENTE) y que laboró, así:

25. PERIODOS DE VINCULACION LABORAL						27. Cargo / Observaciones	28. INTERRUPCIONES LABORALES NO REMUNERADAS (para cada periodo)						29. Total de días de Interrupción
DESDE			HASTA				DESDE			HASTA			
Día	Mes	Año	Día	Mes	Año		Día	Mes	Año	Día	Mes	Año	
03	02	1.975	31	03	1.979	Experta Preescolar 4a. Categoría Secundaria	---	---	---	---	---	---	00
01	04	1.979	31	12	2.008	Profesor Tiempo Completo del Escalafón Nacional Docente Grado 14	---	---	---	---	---	---	00

5.2.16 Constancia expedida el 10 de noviembre de 1999 por el Jefe (E) de la División de Personal de la Universidad Pedagógica Nacional, en la cual se indica los ascensos obtenidos en el Escalafón Nacional Docente, y por incorporación paso del cargo de Experta en Preescolar

4ª Categoría de Secundaria adscrita al Jardín Infantil, al cargo de Profesor tiempo completo en la sección de Primaria y Preescolar.

5.2.17 Resolución No. 27437 del 21 de noviembre de 2000 “*Por la cual se niega una pensión gracia*”, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social.

5.2.18 Resolución No. 0859 del 13 de febrero de 2002 “*por la cual se resuelve un recurso de apelación*”, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, en el sentido de “*Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 027437 de 21 de noviembre de 2000*”.

5.2.19 Sentencia de tutela del 7 de septiembre de 2006 proferida por el Juzgado Noveno Civil del Circuito, que resolvió “*NEGAR el amparo al derecho fundamental al mínimo vital de la Sra. MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ*” y se le tuteló el derecho de petición.

5.2.20 Resolución No. 08287 de 19 de septiembre de 2006 “*POR MEDIO DE LA CUAL SE DA CUMPLIMIENTO A UN FALLO DEL JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BUENAVENTURA*”, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social el 19 de septiembre de 2016, en la cual se consideró lo siguiente:

La señora MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ laboró en la docencia durante los siguientes tiempos de servicio:	
ENTIDAD	DIAS
INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC / Del 01-02-1971 al 22-12-1971 /	322 /
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL / Del 03-01-1972 al 01-04-1975 /	1169 /
UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL DEPENDIENTE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Del 03-02-1975 al 24-09-2004	10672 /
TOTAL	12163,
La señora MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ nació el día 04 de noviembre de 1949.	

Luego, en la parte resolutive, se dispuso:

ARTICULO PRIMERO: Dar cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura y en consecuencia reconocer y ordenar el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación gracia a favor de la señora **MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ**, ya identificada, en cuantía de **UN MILLON DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON 63/100 M/CTE (\$1.264.933,63)**, efectiva a partir del 04 de noviembre de 1999, fecha de adquisición del status pensional.

5.2.21 Resolución No. PAP 002710 del 25 de enero de 2010 “*por la cual se revoca la Resolución 8287 de 19 de septiembre de 2006*”, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación.

5.2.22 Resolución No. PAP 015890 del 30 de septiembre de 2010 “*Por la cual se niega el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de Jubilación Gracia*”, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL E.I.C.E. en Liquidación.

5.2.23 Resolución No. PAP 0388837 del 16 de febrero de 2011 “*Por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la resolución 15890 del 30 de septiembre de 2010*”, en el sentido de confirmala.

5.2.24 Resolución No. RDP 005398 del 20 de febrero de 2019 “*Por la cual se niega el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de Jubilación Gracia*”, expedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP.

5.2.25 Resolución No. 45979 del 10 de septiembre de 2008 “*POR LA CUAL SE RECONOCE Y ORDENA EL PAGO DE UNA PENSIÓN DE VEJEZ DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 33 Y 34 DE LA LEY 100 DE 1993*”, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social EICE.

5.3 PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó mediante auto del 16 de septiembre de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la actora tiene o no derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, le reconozca y pague una pensión gracia, en aplicación

de lo consagrado en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933.

5.3.1 NORMATIVIDAD APLICABLE PARA LA SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO.

La **Ley 114 de 1913**, “*Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela*”, consagró la pensión gracia en principio a favor de los maestros de educación primaria de carácter regional o local como un reconocimiento a la importante y difícil labor desarrollada por los docentes y, a su vez, como contraprestación por la baja remuneración que recibían, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. Los Maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en (sic) conformidad con las prescripciones de la presente Ley.”

En cuanto a los requisitos exigidos para acceder a la pensión gracia, el artículo 4° *ibidem* ,prevé:

“ARTÍCULO 4°. Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

- 1°. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.*
- 2°. Que carece de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres.*
- 3°. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.*
- 4°. Que observa buena conducta.*
- 5°. Que si es mujer, está soltera o viuda.*
- 6°. Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento.”.*

Por su parte, en relación con los factores y cuantía de esta pensión de jubilación gracia, la normatividad en cita señaló:

“ARTÍCULO 2°. La cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos.”

Como se observa, el Legislador estableció una serie de requisitos para su goce que se concretaron fundamentalmente en el cumplimiento de

los 20 años de servicios, 50 años de edad (*este último salvable en casos de incapacidad por enfermedad*) y en la no percepción de otra pensión o recompensa de carácter nacional.

Ahora bien, con la expedición de las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933, la pensión gracia se amplió a los empleados y profesores de las escuelas normales, a los inspectores de instrucción pública y a los maestros de enseñanza secundaria, haciendo posible computar para este efecto los años laborados en secundaria y normal.

Así, el artículo 6 de la Ley 116 de 1928, dispuso:

*“Artículo 6. Los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la ley 114 de 1913 y demás que a ésta complementan. **Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas**, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquélla la que implica la inspección.”* (Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 37 de 1933, señaló:

“Artículo 3. Las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por decreto de carácter legislativo, quedaran nuevamente en la cuantía señalada por las leyes.

Hacénse (sic) extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicios señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.”

De otra parte, para acceder a la pensión de jubilación en comento, el Legislador no previó aporte periódico alguno a la Caja de Previsión respectiva, precisamente por la finalidad con la cual se previó, razón por la que se le denominó “pensión gracia” entendiendo ésta como una pensión gratuita que concedía el Estado a favor de los docentes que reunieran las condiciones y requisitos anteriormente mencionados.

Así, la pensión gracia se constituye en una prerrogativa gratuita otorgada por la Nación a un grupo de docentes que no estuvieron vinculados a ella y se otorga con requisitos de edad y tiempo independientes a los que rigen a los empleados públicos, por lo que su

normativa da lugar a un régimen pensional especial.

Ahora bien, los únicos beneficiarios de la prerrogativa de la pensión gracia son los docentes locales o regionales, tal como lo reconoció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación del 29 de agosto de 1997, expediente No. S-699 con ponencia del Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, en donde se dijo:

“1. La pensión gracia, establecida por virtud de la Ley 114 de 1913, comenzó siendo una prerrogativa gratuita que reconocía la Nación a cierto grupo de docentes del sector público: los maestros de educación primaria de carácter regional o local, grupo que luego, cuando se expidieron las leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 se amplió a los empleados y profesores de las Escuelas Normales, a los inspectores de instrucción pública y a los maestros de enseñanza secundaria de ese mismo orden. Y se dice que constituye privilegio gratuito porque la Nación hace el pago sin que el docente hubiese trabajado para ella.

El artículo 1º de la Ley 114 mencionada es del siguiente tenor: (...)

*El numeral 3º del artículo 4º ib. prescribe que para gozar de la gracia de la pensión es preciso que el interesado, entre otras cosas, compruebe **“Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. ...”**.*

Despréndese de la precisión anterior, de manera inequívoca, que la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de UN DOCENTE NACIONAL, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la NACIÓN por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por lo tanto, los ÚNICOS BENEFICIARIOS DE TAL PRERROGATIVA ERAN LOS EDUCADORES LOCALES O REGIONALES.

El artículo 6º de la Ley 116 de 1928 dispuso: (...)

Destaca la Sala que, al sujetarse la regla transcrita a las exigencias de la Ley 114 de 1913 para que pudiera tenerse derecho a la pensión gracia, dejó vigente lo que éste ordenamiento prescribía en el sentido de que dicha prerrogativa no se otorgaba a docentes que recibieran pensión o recompensa nacional.

Y la Ley 37 de 1933 (Inc. 2º Art. 3º) lo que hizo simplemente fue extender la pensión aludida, sin cambio alguno de requisitos, a los maestros de establecimientos de ENSEÑANZA SECUNDARIA.”

Así mismo, en virtud del proceso de nacionalización de la educación (Ley 43 de 1975) se expidió la **Ley 91 de 1989**, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” en sus artículos 1 y 15 dispuso:

“Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

(...)” (Negrilla fuera de texto).

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

(...)” (Negrilla fuera de texto).

Similar sentido tiene el artículo 6° de la **Ley 60 de 1993** al establecer que:

“(…)

El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes

nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial”.

La **Ley 115 de 1994** “Por la cual se expide la ley general de educación” en su artículo 115 señaló:

“ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

La **Ley 812 de 2003** “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”, en su artículo 81 dispuso:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los **docentes nacionales, nacionalizados y territoriales**, que se encuentren **vinculados al servicio público educativo oficial**, es el establecido para el Magisterio en las **disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley**.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y **tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

(...)” (Negrilla fuera de texto).

Mediante sentencia de unificación del 22 de enero de 2015, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, determinó:

“(…) el Legislador se permitió que luego de la nacionalización de la educación, establecida por la Ley 43 de 1975, los

docentes departamentales o municipales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, comprendidos en dicho proceso, tuvieron la oportunidad de acceder a la pensión gracia de conformidad con las citadas Leyes 114 de 1913 y 37 de 1933, permitiendo la compatibilidad de la misma con la pensión ordinaria de jubilación, “aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la nación”, siempre y cuando cumplieran con la totalidad de los requisitos

En el presente caso, para el 29 de diciembre de 1989, fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 la señora Solangel Castro Pérez ya había prestado sus servicios como docente nacionalizado, pues había sido nombrada mediante Decreto No. 00439 de 19 de febrero de 1979, por el periodo comprendido entre el 19 de febrero al 20 de mayo del mismo año.

Lo anterior le permite a la Sala establecer que era posible que la demandada analizara si la actora reunía los requisitos para acceder a la pensión gracia, toda vez que **la expresión “docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980”, contemplada objeto de análisis, no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente**, sino que con anterioridad haya estado vinculado, pues lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido; por lo tanto, la pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho pensional como lo estimó el Tribunal.

(...)

Sobre el particular la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 24 de agosto de 2000 indicó que era posible tener en cuenta el (sic) para efectos del reconocimiento de la pensión gracia el tiempo de servicio prestado como docente hora cátedra y señaló que para su cálculo se daría aplicación al parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985”.

De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial descrito, es claro que la pensión gracia tiene régimen especial, pues está destinada exclusivamente a los docentes locales o regionales, cuyo reconocimiento está sujeto a unos requisitos de: i) edad de 50 años, ii) tiempo de servicios de 20 años, iii) no percepción de otra pensión o reconocimiento y iv) buena conducta.

5.1.1. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, la señora María Esperanza Olmos Cruz, reclama el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación gracia, a partir del 1º de enero de 2009, conforme a las leyes que regulan la citada prestación.

Sobre el particular, se observa que la administración le negó la pensión

gracia a la demandante a través de las Resoluciones Nos. 27437 del 21 de noviembre de 2000 - confirmada por la Resolución No. 0859 del 13 de febrero de 2002 -, PAP 015890 del 30 de septiembre de 2010 - confirmada por la Resolución No. PAP 0388837 del 16 de febrero de 2011 - y RDP 005398 del 20 de febrero de 2019.

Ahora bien, la razón fundamental por la cual la entidad ha negado la pensión gracia, reside en que la actora no cumple con el requisito del tiempo de servicios, esto es, acreditar veinte (20) años de servicios como docente del orden territorial o nacionalizado, conforme a lo establecido en los artículos 1° de la Ley 114 de 1943 y 15, numeral 2) literal A), de la Ley 91 de 1989, frente a lo cual la actora considera que es suficiente con haber sido docente de enseñanza primaria o elemental, y en todo caso, aduce que el tiempo de servicios docentes al Distrito Capital y al departamento de Cundinamarca supera el requisito de los veinte (20) años de servicios.

Sobre el particular, es importante anotar como primer aspecto que, si bien la entidad accionada reconoció la pensión a través de la Resolución No. 08287 del 19 de septiembre de 2006 en cumplimiento de un Fallo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, lo cierto es que en sede de revisión, la Corte Suprema de Justicia la invalidó por nulidad insubsanable por falta de jurisdicción, mediante Sentencia del 15 de octubre de 2019, por lo cual la administración revocó la Resolución No. 08287 del 19 de septiembre de 2006, a través de la Resolución No. PAP 002710 del 25 de enero de 2010.

Ahora bien, de entrada, el Despacho considera que no es computable para pensión los tiempos de servicios prestados como docente en entidades del orden nacional, como son: (i) el Ministerio de Justicia - Dirección General de Prisiones, hoy Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y (ii) la Universidad Pedagógica Nacional - Unidad Académico Administrativo Instituto Pedagógico Nacional; debido a que la pensión gracia estaba destinada a docentes territoriales, con el fin de compensar los bajos salarios frente a los docentes del orden nacional.

En este sentido, cabe decir, que por el hecho que la señora María Esperanza Olmos Cruz hubiese prestado servicio como docente de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá “LA MODELO”, ello no la convierte en una docente territorial, pues los centros de reclusión constituyen dependencias de las entidades del orden nacional, que en el pasado las administraba el Ministerio de Justicia – Dirección General de Prisiones, y actualmente el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC.

Así las cosas, el tiempo de servicios acreditado¹ por la accionante, entre el 1º de febrero y el 22 de febrero de 1971, como Profesora de Enseñanza Elemental, 2ª Categoría, de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá “LA MODELO”, no puede imputarse para cumplir con el requisito de tiempo de servicios de la pensión.

Asimismo, tampoco se podrá contabilizar, para efectos de la pensión gracia, el tiempo como docente de la Unidad Académico Administrativo Instituto Pedagógico Nacional de la Universidad Pedagógica Nacional, transcurrido entre el 3 de febrero de 1975 y el 31 de marzo de 1979, en el cargo de Experta Prescolar, 4ª Categoría, Secundaria, y el 1º de abril de 1979 al 31 de diciembre de 2008, como docente de tiempo completo, por ser una institución educativa del orden nacional, de acuerdo con la documental aportada al expediente².

Precisado lo anterior corresponde revisar la aplicabilidad de los tiempos docentes al servicio de entidades del orden territorial, a saber: el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito, hoy Secretaría Distrital de Integración Social, y el departamento de Cundinamarca, apreciando el Despacho lo siguiente:

¹ Según los siguientes documentos: el certificado de Información Laboral de 23 de agosto 23 de agosto de 2017, expedido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y la constancia de la Jefa de la División de Recursos Humanos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario del 23 de abril de 1996, relacionados en el acápite hechos probados de esta providencia.

² El Certificado de Información Laboral de 26 de mayo de 2017, expedido por la Universidad Pedagógica de Nacional; la constancia expedida el 26 de mayo de 2017 por la Subdirección de Personal de la Universidad Pedagógica Nacional; y la constancia expedida el 10 de noviembre de 1999 por el Jefe (E) de la División de Personal de la Universidad Pedagógica Nacional,

La constancia laboral expedida el 23 de abril de 1996 por la Jefe de la División de Recursos Humanos del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito acredita que la señora María Esperanza Olmos Cruz, fungió como Profesional de Ciencias Sociales II con funciones de Directora de Jardín Infantil, entre el 3 de enero de 1972 y el 1º de abril de 1975, equivalente a tres (3) años, 2 meses y 28 días.

Adicionalmente, el certificado expedido el 3 de diciembre de 1999 por el Jefe de la División de Desarrollo de Personal Docente de la Secretaría de Educación y Cultura del departamento de Cundinamarca, consigna que la actora prestó servicios como educadora durante doce (12) años, ocho (8) meses y veintinueve (29) días, derivados de los nombramientos efectuados mediante Decretos Nos. 938 de 1975 y 119 de 1976, que fueron en calidad de Maestra Primaria de Jardín Infantil en el municipio de La Calera, según el Certificado del 3 de diciembre de 1999 expedido por el Jefe de la División de Desarrollo de Personal Docente de la Secretaría de Educación del departamento de Cundinamarca.

Al respecto se advierte que los tiempos de servicios en el Distrito Capital y en el departamento de Cundinamarca, no son suficientes para cumplir el requisito de los veinte (20) años de servicios, pues en total suman quince (15) años, once (11) meses y veintisiete (27) días, por consiguiente, no le asiste la razón a la parte actora al señalar que el tiempo de servicios prestados en las entidades territoriales le es suficiente para acceder a la pensión gracia, pese a que ingresó al servicio antes del 31 de diciembre de 1980.

Aunado a ello, el tiempo de servicios prestado al otrora Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito no resulta computable en su totalidad, porque el Certificado expedido el 10 de mayo de 2010 por la Asesora de Talento Humano de la Secretaría Distrital de Integración Social, hace las siguientes precisiones:

Que la ex servidora pública **MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ** identificada con la cédula de ciudadanía No.41.456.835 de Bogotá, ingresó a la Secretaría mediante Contrato Individual de Trabajo en el cargo Directora de Jardín del 3 de enero al 31 de diciembre de 1972 en el Jardín Infantil Bellavista; contrato prorrogado durante todo el año 1973.

De acuerdo al Contrato de Prestación de Servicios No.002 ocupó el cargo Directora del Jardín Infantil Bellavista del 1 de enero al 31 de diciembre de 1974.

Según Decreto No.193 del 25 de febrero de 1975 se nombra en propiedad para desempeñar el cargo Profesional en Ciencias Sociales II en Prevención a partir del 1 de enero de 1975.

Mediante Decreto No.392 de abril 18 de 1975 se acepta la renuncia del cargo Profesional en Ciencias Sociales II a partir del 1 de abril de 1975.

Se desprende del anterior certificado, que por lo menos el año 1974 no resulta computable, porque el vínculo por contrato de prestación de servicios no puede sumarse para la pensión de los docentes oficiales, y además, entre el 3 de enero de 1972 y el 31 de diciembre de 1974, la actora no fue contratada como maestra de primaria sino como Directora de Jardín Infantil.

En ese sentido, los únicos tiempos de servicios frente a los cuales no existen reparos por parte de esta instancia, son aquellos prestado al departamento de Cundinamarca, en razón a que el Formato Único del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales para la Expedición del Certificado de Historia Laboral, diligenciado el 20 de agosto de 2017 por la Secretaría de Educación de Cundinamarca, indica que la señora María Esperanza Olmos Cruz se desempeñó como docente nacionalizada; mientras que el Certificado del 3 de diciembre de 1999 expedido por el Jefe de la División de Desarrollo de Personal Docente de la Secretaría de Educación del departamento de Cundinamarca indica que prestó servicios como maestra de primaria de Jardín Infantil.

Es importante resaltar que cuando la entidad demandada reconoció la pensión gracia, a través la Resolución No. 08287 de 19 de septiembre de 2006, en cumplimiento de un Fallo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, lo realizó con base en tiempos de servicios de entidades nacionales que no era legal computarlos para conceder la pensión gracia, de acuerdo al siguiente aparte:

La señora **MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ** laboró en la docencia durante los siguientes tiempos de servicio:

ENTIDAD	DIAS
INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC Del 01-02-1971 al 22-12-1971	322
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL Del 03-01-1972 al 01-04-1975	1169
UNIVERSIDAD PEDAGOGICA NACIONAL DEPENDIENTE DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Del 03-02-1975 al 24-09-2004	10672
TOTAL	12163

La señora **MARIA ESPERANZA OLMOS CRUZ** nació el día 04 de noviembre de 1949.

En este sentido, la totalidad de tiempos de servicios acreditados por la actora, sólo resultaban computables en el régimen común de pensiones administrado por la entidad demandada, que conllevó a la expedición de la Resolución No. 45979 del 10 de septiembre de 2008, por medio de la cual la extinta CAJANAL, hoy la UGPP, le reconoció la pensión de jubilación por vejez a la demandante.

Por manera que la conclusión no puede ser otra que la señora María Esperanza Olmos Cruz no reúne los tiempos de servicios necesarios para ser beneficiaria de la pensión gracia, pues su labor como docente del orden nacional no es válida sumarla para acceder a dicha prestación, y, por consiguiente, se procederá a negar las pretensiones de la demanda, pues no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos acusados.

VI. COSTAS

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte accionante en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO.- DENEGAR las súplicas de la demanda por las consideraciones señaladas en esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas a cargo de la parte demandante.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la demandante excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 009, de hoy 13 de mayo de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CANACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez
Juez
Juzgado Administrativo
018
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:

7d1c4320dcca62aa733bc7122f5219d344d89386b6c9c2b7dbb3c3cf47d9924

Documento generado en 09/05/2022 03:01:26 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2019 -00 004 -00
Demandante:	JULLY ARELIX ARIAS RODRÍGUEZ
Demandado:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E. S. E.
Asunto:	SENTENCIA

La señora **JULLY ARELIX ARIAS RODRÍGUEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.858.170, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E. S. E., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

Las pretensiones fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 15 de septiembre de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellas se remite el Despacho.

1.2. HECHOS.

Para sustentar las pretensiones la parte demandante alude a los siguientes hechos:

1.1.1 La actora prestó sus servicios como Auxiliar de Higiene Oral en el Hospital San Cristóbal hoy Subred Centro Oriente desde el 17 de marzo de 2008 hasta el 30 de septiembre de 2017, fecha para la cual fue despedida de su cargo sin que existiera causa legal, vinculación que se

originó, a través de la suscripción de órdenes y contratos de prestación de servicios, los cuales eran elaborados por la entidad demandada de forma unilateral y no era permitido hacer ninguna clase de sugerencia sobre su contenido.

1.1.2 Para la fecha en que la demandante presentó sus servicios el cargo de Auxiliar de Higiene Oral este correspondía a la planta de personal del Hospital San Cristóbal.

1.1.3 Las funciones que desarrolló la demandante, se circunscribían a prestar servicios como Higienista Oral para el desarrollo de las actividades conforme al estándar institucional (10 actividades por hora); apoyar la prestación de servicios de odontología, presentando la información y/o soportes; efectuar actividades del proceso de limpieza, desinfección y esterilización conforme a los protocolos institucionales; realizar actividades que ejecutaba el odontólogo del servicio y cumplir con las normas de bioseguridad.

1.1.4 Las labores que ejerció la actora eran idénticas a las que desarrollaban las Auxiliares de Higiene Oral de planta de la entidad, ejerciendo su labor en la Unidad Primaria de Atención - UPA y en la Unidad Primaria de Atención – UPA ALPES.

1.1.5 Durante el tiempo que se mantuvo vigente la relación laboral, la demandante cumplió el horario asignado por su jefe inmediato, prestando sus servicios por 180 horas mensuales.

1.1.6 Inicialmente el horario que cumplía la actora fue de lunes a viernes de 11:00 a.m. a 7:00 p.m. y los sábados de 7:00 a.m. a 3:00 p.m. y durante el último año y medio se modificó el horario del día sábado, ejecutando su labor desde las 7:00 a.m. hasta la 1:00 p.m.

1.1.7 La entidad demandada le cancelaba a la demandante un salario de \$1.460.000,00 pesos m/cte. y durante el último año le pagaba nominalmente la suma de \$1.200.000,00 pesos m/cte., al cual le hacían diferentes descuentos; sin embargo, no percibió auxilio de cesantías, intereses sobre las mismas; primas de servicio, navidad, vacaciones y técnica; bonificaciones; diferencias salariales; horas extras y compensatorios.

1.1.8 Las Auxiliares de Higiene Oral de planta del centro hospitalario devengaban un salario superior, percibiendo prestaciones y beneficios como empleados públicos.

1.1.9 La demandante debía realizar los aportes al fondo de pensiones, EPS y ARL.

1.1.10 El 20 de septiembre de 2018, la demandante le solicitó a la entidad demandada el pago de prestaciones sociales.

1.1.11 Mediante el Oficio No. 20181100274371 del 11 de octubre de 2018, el doctor Manuel de Jesús Olarte Ramírez, Jefe Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada, negó la anterior solicitud, decisión que no fue objeto de recurso, quedando así agotada la vía gubernativa.

II. NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima desconocidas las siguientes normas:

2.1 Constitucionales: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 43, 53, 95, 125, 127, 209 y 277.

2.2 Legales: artículos 2 de la Ley 197 de 1938, 1 de la Ley 65 de 1946, 8 de la Ley 4 de 1990; las leyes 10 de 1990, 50 de 1990, 100 de 1993 y 790 de 2002, así como los artículos 2, 3, 44 y 138 del C. P. C. A.

2.3 Decretos: artículos 26 (inciso 2º), 40, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968; 21 del Decreto 3135 de 1968; 5º y 71 del Decreto 1250 de 1970; 108, 180, 215, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973; así como los Decretos 1333 de 1986, 1582 de 1998 y 1453 de 1998.

Sostuvo que en el presente caso la entidad demandada incurrió en una infracción directa al no dar aplicación a la norma obligatoria, efectuando vinculaciones por intermedio de unos contratos de prestación de servicios que no debieron existir, lo que denota la intención de eludir la vinculación

de la actora en legal forma para no reconocerle prestaciones sociales.

Afirmó que el acto administrativo expedido el **11 de octubre de 2018**, se fundamenta en un hecho inexistente, esto es, un aspecto fáctico que no ocurrió, como lo es, el de contratos de prestación de servicios, al tenor de lo normado en el numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Manifestó que el acto administrativo demandado niega el pago de prestaciones sociales adeudadas a la actora, argumentando la existencia de los contratos y órdenes de prestación de servicios, omitiendo que se presentaron los elementos universales de la relación laboral, lo que convierte a la actora en una servidora pública.

Expresó que resulta evidente que en el caso que ocupa la atención del Despacho se evidencia el surgimiento de los elementos esenciales básicos y comunes de los trabajadores oficiales y empleados públicos que corresponden a la naturaleza y esencia de la labor, dado que la demandante prestó sus servicios de manera personal en el centro hospitalario, desempeñando su labor hasta el día que fue desvinculada de su cargo sin que existiera causa legal.

Indicó que la actora percibía de forma permanente órdenes verbales y escritas del señor Guillermo Rubio, quien fungía como Coordinador de la Unidad Primaria de Atención - UPA, de quien recibía llamados de atención y le indicaba el horario de trabajo en las mismas condiciones que a los funcionarios de planta.

Señaló que la demandante percibía un salario como retribución de su servicio, el cual le era cancelado mensualmente, razón por la cual, una vez reunidos los mencionados elementos se colige que, entre la entidad demandada y la actora, existió una relación de trabajo, independientemente de la forma o denominación que se le haya dado.

Afirmó que en la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., está institucionalizada la discriminación, dada la forma de vinculación de quienes prestan sus servicios, pues, por un lado, existe personal de planta que labora en promedio 36 horas semanales, quienes

tienen derecho al pago de las prestaciones sociales de ley, incapacidades, vacaciones y capacitación profesional y, por el otro, se encuentran los contratistas, como ocurre en el caso de la actora, los cuales cumplen idénticas funciones a los empleados de la entidad, pero laboran más horas semanales, toda vez que son programados para ejercer su labor en horarios nocturnos, dominicales y festivos, sin percibir la remuneración a la que les asiste el derecho por las funciones ejecutadas.

Precisó que el cargo desempeñado por la actora de Auxiliar de Higiene Oral, hace parte del objeto social y misional de la entidad, por cuanto, desarrolla funciones permanentes, razón por la cual, debió ser vinculada directamente y no a través de contratos de prestación de servicios, con el objeto de no menoscabar sus derechos, de forma que, se evidencia la mala fe del centro hospitalario, ya que, la actuación desplegada demuestra un actuar contrario a la Ley.

III. CONTESTACIÓN

Se advierte, que tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 15 de septiembre de 2020, la demanda fue notificada el 26 de febrero de 2019, razón por la cual, la entidad demandada tenía hasta el 24 de mayo de dicha a nulidad, para dar contestación a la misma, actuación que realizó hasta el 27 de mayo de 2019, esto es, de forma extemporánea, circunstancia que impide tenerla en cuenta.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Parte demandante:

Se advierte que el apoderado de la parte actora no presentó alegatos de conclusión.

4.2. Parte demandada:

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **30 de marzo de 2022**, solicitó que no se acceda a las pretensiones de la demandante, al sostener que no se configuran los tres

elementos esenciales de la relación laboral, como son, la subordinación, la remuneración y el salario, dado que la demandante celebró varios contratos de prestación de servicios y tuvo autonomía para manejar su horario; amén, que no fue subordinada por parte del supervisor, quien era la persona encargada de verificar que cumpliera con las obligaciones que fueron pactadas.

Aludió a que en el escrito demandatorio se señaló que la actora cumplía una jornada laboral diaria y recibía órdenes de un superior; sin embargo, no se encuentra demostrada la subordinación, puesto que, la demandante entiende como órdenes la normal instrucción y/o coordinación, respecto del cumplimiento de las actividades pactadas, que hacen parte de la supervisión de las mismas.

Precisó que la actora no requirió el acompañamiento permanente por parte de la entidad para desarrollar su actividad y confunde la figura de un supuesto jefe con la de supervisor, quien en la mayoría de los casos es la persona que verifica el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, por lo tanto, no puede considerarse un factor de subordinación.

Señaló que las actividades desarrolladas por demandante se encontraban enmarcadas dentro de los contratos de prestación de servicios que firmó libre y espontáneamente; además, no obra documento alguno que demuestre que fue objeto de llamados de atención escritos o verbales, como tampoco que le fueran entregados memorandos o requerimientos por parte del supervisor del contrato o que para ausentarse de su actividad debía solicitar permisos.

Adujo que los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión que celebran las entidades Estatales se encuentran regulados por la Ley 80 de 1993, los cuales surgen como una alternativa para contratar con personas naturales o jurídicas la ejecución de ciertas actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de una entidad pública, cuando estas actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos, de modo que, ante la imposibilidad de satisfacer las necesidades con los empleados de la entidad, es procedente aplicar

esta modalidad de contratación.

Refirió que en el caso bajo estudio no se puede desconocer el principio de *“pacta sunt servanda”*, que estatuye que el contrato es ley para las partes, el cual se encuentra compilado en el artículo 1602 del Código Civil, señalando que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Indicó que los contratos de prestación de servicios que suscribió la demandante no adolecen de vicio por constreñimiento y recayeron sobre un objeto lícito, que no era otro que contratar los servicios personales de la actora para ejecutar actividades encaminadas a garantizar el servicio de salud, de tal forma que, conocía la fecha de inicio y terminación de cada uno, los cuales finalizó a paz y salvo, dado que le fueron pagados los honorarios pactados.

Solicitó que en el caso de marras se tenga en cuenta la prescripción en los términos señalados por el H. Consejo de Estado en las sentencias del 27 de enero de 1994 y 18 de febrero de 2010, que se ocupó de citar, esto es, que se declare la configuración de dicho fenómeno frente a los derechos laborales causados durante los tres (3) años anteriores a la reclamación administrativa.

4.3. Agente del Ministerio Público.

La señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.1.1. Documentales.

5.1.1.1. Órdenes y contratos de prestación de servicios suscritos por la

señora Jully Arelix Arias Rodríguez como contratista y el Hospital San Cristóbal y la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., en calidad de contratantes.

5.1.1.2. Planillas de registro y pago de obligaciones de E. P. S., fondos de pensiones, ARP, SENA e ICBF de la demandante y de autoliquidaciones.

5.1.1.3. Desprendibles de pago de honorarios realizados a la actora por parte del Hospital San Cristóbal y de cuentas por pagar, expedidos por la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E.

5.1.1.4. Certificación suscrita el 10 de mayo de 2008, por la Subgerente Administrativa y Financiera del Hospital San Cristóbal, en la que hace constar que la demandante participó en el proceso de inducción realizado por la entidad el 10 de mayo de dicha anualidad, a los colabores de planta y de contrato.

5.1.1.5. Constancia expedida el 9 de noviembre de 2009, por el señor Juan Carlos Mantilla Alarcón, Profesional Especializado de Talento Humano del centro hospitalario, en la cual señala que la actora participó en el proceso de reinducción, realizado a los colabores de planta y de contrato el 9 de noviembre del referido año, con 8 horas de intensidad.

5.1.1.6. Acuerdo No. 641 del 6 de abril de 2016, mediante el cual el Concejo de Bogotá, D. C., efectuó la reorganización del sector salud del Distrito Capital y modificó el Acuerdo No. 257 de 2006.

5.1.1.7. Escrito del 20 de septiembre de 2018, por medio del cual la demandante le solicitó a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., el reintegro al cargo que venía desempeñando en la entidad como Auxiliar de Higiene Oral, en virtud del principio constitucional de la *“primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”*, dado que se configuraron los elementos que la tipifican y a título de indemnización deprecó el pago de las prestaciones salariales y sociales que devenga un empleado de planta.

5.1.1.8. Oficio No. 20181100274371 del 11 de octubre de 2018, a

través del cual el doctor Manuel de Jesús Olarte Ramírez, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., negó lo solicitado por la actora, al señalar que según el marco normativo y jurisprudencial que se ocupó de citar, las Empresas Sociales del Estado pueden suscribir contratos de prestación de servicio para el desarrollo de actividades, según el perfil, en este caso, de la hoja de vida de la demandante, de modo que, debido a que suscribió los mismos de forma voluntaria no es legal que sufrague dineros por conceptos que no se generaron en la etapa de ejecución de los contratos, pues las actividades que desplegó fueron las pactadas y coordinadas por el supervisor, quien le impartía instrucciones para el adecuado cumplimiento de las obligaciones que implicaban el desarrollo del objeto de la entidad.

5.1.1.9. Certificaciones expedidas por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., mediante las cuales se informó que la demandante prestó sus servicios de manera personal y autónoma en la entidad, a través de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios por el periodo comprendido entre el 17 de abril de 2008 y el 30 de septiembre de 2017.

5.1.1.10. Certificación emanada de la Directora Operativa de Talento Humano de la entidad demandada, en la que precisó que en la planta de personal del antiguo Hospital San Cristóbal hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E. para las vigencias comprendidas entre 2008 y 2017, no existía el empleo de higiene oral, dado que existía el cargo identificado como Auxiliar Área de la Salud – Código 412 – Grado 12, adscrito a la Subgerencia de Servicios – Odontología.

5.1.1.11. Certificación emitida por el Director Operativo de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., en la que se plasmó que verificada la planta de personal y el manual de funciones y competencias laborales de la entidad se evidenció que existe el empleo de Auxiliar Área de la Salud – Código 412 – Grado 15, dependiente de la Dirección de Servicios Ambulatorios.

5.1.1.12. Reporte de los turnos en que la demandante prestó sus servicios en la entidad demandada.

5.1.1.13. Hoja de vida de la señora Jully Arelix Arias Rodríguez.

5.1.2. Testimoniales e interrogatorio de parte.

5.1.2.1 Grabación de las declaraciones de las señoras Judith Andrea Mendoza Cárdenas, Clara Emilce Castellanos Rojas y Jennifer Andrea Rodríguez, así como del interrogatorio de parte de la señora Jully Arelix Arias Rodríguez, ambos recepcionados por el Juzgado en audiencia del 24 de noviembre de 2020 y acta contentiva de dicha diligencia.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo 15 de septiembre de 2020, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora Jully Arelix Arias Rodríguez tiene o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E. y, en consecuencia, se efectúe el pago de salarios y prestaciones que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral, así como el reconocimiento y pago de perjuicios morales.

5.2.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”*, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“Artículo 2. *Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales,

como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*¹. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, contempla:

“Artículo 1°.- El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.

Artículo 2°.- Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.

Artículo 3°.- Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

Artículo 4°.- Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes

Artículo 5°.- Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.

¹ La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

Artículo 7°.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, establece:

“Artículo 26°.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.
2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:
 - a. Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;
 - b. Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;
 - c. Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.²

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

Parágrafo.- Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo³.

De lo anterior, se colige que la planta de personal de las Empresas Sociales

² Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-387 de 1996.

³ Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 1995.

del Estado en los servicios de salud se conforma por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción; no obstante, hace la distinción que los trabajadores oficiales, se encargan de desempeñar cargos no directivos, esto es, los de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53⁴ la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II *ibídem*, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en 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. 125. - 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 (...)”.

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.

Por su parte, en tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados por las Empresas Sociales del Estado, la Ley 100 de 1993,

⁴ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

consagró en sus artículos 194 y 195, lo siguiente:

*“ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las **Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, **sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.***

*ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:
(...)*

*6. **En materia contractual se regirá por el derecho privado**, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
(...)” (Negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, en el numeral 3° del artículo 32, determinó:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

30. Contrato de Prestación de Servicios.

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”⁵

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.**

⁵ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios, a saber: i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. *La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. *La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe

ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el 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, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación

o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.”(Negrillas del Despacho)

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presenta: i) una prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia y iii) el salario.

Ahora bien, frente a la existencia de una relación laboral, respecto de los

servicios vinculados al sector salud, el Consejo de Estado, consideró⁶:

*“Al respecto dirá la Sala que, si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, **la especialidad de que se revisten los servicios Médicos -entratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios,** de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, **más cuando la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las Entidades Estatales prestadoras del mismo.**”*

Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios Médicos Generales, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aún los aspectos anteriormente referidos.

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 caso.” (Subrayado del Despacho)

Posteriormente, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

⁶ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección “A” Sentencia del 4 de marzo de 2010, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, R. I. 1413-08.

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de 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 laborales⁷.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁸ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).

Luego, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios,

⁷ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

⁸ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

sostuvo:

“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios

95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada».

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones

pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcionarial. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente”.

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

“2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye **el elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida– ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. i) **El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) **El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. iii) **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre

las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral”.

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

“2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.”

Así mismo, en canto a la remuneración, afirmó:

“2.3.3.4. Remuneración

“110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la

entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”.

5.3. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

5.3.1. De la solicitud de tacha del testimonio recepcionado.

La apoderada de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonios llevada a cabo el 24 de noviembre de 2020, tachó de sospechosos los testimonios de las señoras **Judith Andrea Mendoza Cárdenas y Clara Emilce Castellanos Rojas**, al sostener que su imparcialidad y credibilidad se encuentran seriamente afectados, en atención al interés que les asiste en el proceso, dado que fueron compañeras de trabajo de la demandante y promovieron procesos en contra de la entidad, bajo supuestos fácticos similares al que ocupa la atención del Despacho.

Descorrido el traslado de la solicitud, el apoderado de la parte demandante solicitó que se desestime lo deprecado por el extremo demandado, dada la espontaneidad y consistencia de las deponentes; además, ejercieron como compañeras de la actora, de forma que, declaran sobre los hechos que les consta y no se ve efectuada su credibilidad por promover un proceso en contra de la entidad.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.*

A su vez, dicha normativa preceptúa que la tacha deberá formularse con la expresión de las razones en que se funda, sin que se especifique si la misma deba hacerse antes, durante o después de la deposición y prevé

que dicha solicitud se resolverá en la sentencia de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento Civil⁹, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

En ese sentido, se advierte que el hecho de que las deponentes promovieran un proceso en contra de la entidad demandada, cuyo objeto se circunscriba a la declaración de la existencia de la relación laboral y el consecuencial pago de prestaciones sociales, no le resta mérito probatorio a sus testimonios, toda vez que como compañeras de trabajo de la demandante en el Hospital San Cristóbal ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., conocen de forma directa la manera como esta desarrolló su labor, amén que su declaraciones fueron rendidas bajo la gravedad de juramento y los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, las versiones rendidas por las testigos no resultan parcializadas ni afectan su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación de la actora en la entidad demandada, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que la tacha formulada, es infundada y, en consecuencia, dichos testimonios será valorados por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

5.4. CASO CONCRETO.

5.4.1 De la nulidad del acto administrativo demandado.

En el caso que nos ocupa, la señora Jully Arelix Arias Rodríguez reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que

⁹ Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192

aduce tiene derecho, por el tiempo en que prestó sus servicios en el Hospital San Cristóbal ahora Subred Integrada de Servicios de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E.

Por su parte, el doctor Manuel de Jesús Olarte Ramírez, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., a través del Oficio No. 20181100274371 del 11 de octubre de 2018, negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que la relación sostenida con la actora, obedeció a los contratos de prestación de servicios celebrados a los cuales se acogió de forma voluntaria, de forma que, no le asiste derecho a devengar prestaciones que no se generaron en la etapa de ejecución de los contratos, pues las actividades que desplegó fueron las pactadas.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si en el caso que nos ocupa, se configuran los elementos estructurales de una relación laboral, como lo son: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** la subordinación o dependencia y **iii)** el salario como retribución del servicio.

i) Prestación personal del servicio.

Sobre el particular, cabe resaltar que de las órdenes y contratos de prestación de servicios celebrados por los extremos de la litis y de las certificaciones expedidas por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., quedó plenamente demostrado que la actora prestó sus servicios personales en la entidad, de la siguiente forma:

NO. CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA DE FINALIZACIÓN
480-2008	17 DE ABRIL DE 2008	30 DE NOVIEMBRE DE 2008
945-2008	1 DE DICIEMBRE DE 2008	31 DE ENERO DE 2009
132-2009	2 DE FEBRERO DE 2009	15 DE ENERO DE 2010
235-2010	18 DE ENERO DE 2010	15 DE JUNIO DE 2010
671-2010	21 DE JUNIO DE 2010	20 DE ENERO DE 2011
180-2011	1 DE FEBRERO DE 2011	30 DE ABRIL DE 2011
744-2011	2 DE MAYO DE 2011	13 DE ENERO DE 2012
053-2012	23 DE ENERO DE 2012	30 DE NOVIEMBRE DE 2012
1514-2012	10 DE DICIEMBRE DE 2012	31 DE ENERO DE 2013
191-2013	1 DE FEBRERO DE 2013	31 DE MARZO DE 2013

833-2013	1 DE ABRIL DE 2013	30 DE ABRIL DE 2013
1021-2013	1 DE MAYO DE 2013	31 DE DICIEMBRE DE 2013
64-2014	13 DE ENERO DE 2014	31 DE ENERO DE 2014
139-2014	1 DE FEBRERO DE 2014	30 DE JUNIO DE 2014
1596-2014	1 DE JULIO DE 2014	30 DE SEPTIEMBRE DE 2014
2974-2014	1 DE OCTUBRE DE 2014	30 DE NOVIEMBRE DE 2014
4272-2014	1 DE DICIEMBRE DE 2014	20 DE ENERO DE 2015
578-2015	21 DE ENERO DE 2015	31 DE MAYO DE 2015
2088-2015	1 DE JUNIO DE 2015	31 DE AGOSTO DE 2015
2720-2015	1 DE SEPTIEMBRE DE 2015	30 DE NOVIEMBRE DE 2015
4153-2015	1 DE DICIEMBRE DE 2015	31 DE DICIEMBRE DE 2015
538-2016	1 DE ENERO DE 2016	9 DE ENERO DE 2017
PS 0265 2017	10 DE ENERO DE 2017	30 DE SEPTIEMBRE DE 2017

En este sentido, se encuentra demostrado que la señora Jully Arelix Arias Rodríguez prestó sus servicios en el Hospital San Cristóbal ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., a través de la celebración de sendos contratos y órdenes de prestación de servicios del 17 de abril de 2008 al 30 de septiembre de 2017, cuyos objetos contractuales estaban encaminados a ejercer como higienista oral, para el desarrollo de las actividades de promoción y prevención de salud pública, apoyar la labor de odontología y del profesional que presta dicho servicio, así como en las actividades de limpieza, desinfección y esterilización, de conformidad con los protocolos institucionales; labores que fueron ratificadas por las señoras Judith Andrea Mendoza Cárdenas, Clara Emilce Castellanos Rojas y Jennifer Andrea Rodríguez, en la audiencia de testimonios llevada a cabo el 24 de noviembre de 2020.

Así las cosas, se encuentra demostrado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, tal como se consignó en las certificaciones expedidas por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E.; amén, que tal como se señaló en los referidos contratos y órdenes, se le prohibió expresamente subcontratar o ceder parcial o totalmente los mismos, sin contar con la autorización previa y escrita de la entidad.

ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en las órdenes y los contratos de prestación de servicios se estableció que

estos no generaban vínculo laboral entre las partes y la demandante contaba con plena autonomía técnica y operativa para ejercer sus objetos, aspecto que fue reiterado en las certificaciones expedidas por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E.; sin embargo, del contenido de las aludidas órdenes y contratos, se evidencia que se designó a un supervisor, quien se encargaba de velar por que la actora cumpliera lo pactado y según el acto administrativo cuya nulidad se predica en la presente controversia, la persona que ejercía dicha función coordinaba las actividades que desplegó la señora Jully Arelix Arias Rodríguez, impartándole instrucciones para el adecuado acatamiento de sus obligaciones, las cuales, **implicaban el desarrollo del objeto de la entidad.**

Sobre este aspecto, la demandante en la audiencia de interrogatorio que rindió ante este Juzgado el 24 de noviembre de 2020, refirió que el Coordinador Médico de la UPA fungió como supervisor de los contratos, quien verificaba el cumplimiento de sus actividades para el pago de los honorarios.

Por su parte, las señoras Judith Andrea Mendoza Cárdenas, Clara Emilce Castellanos Rojas y Jennifer Andrea Rodríguez, en sus declaraciones fueron coincidentes en señalar que en el centro hospitalario existía un coordinador que verificaba el cumplimiento del horario e imponía órdenes a la demandante, enfatizando que desempeñó tal calidad la señora Patricia Rojas, tal como lo afirmó la demandante.

A su vez, la señora Clara Emilce Castellanos Rojas precisó que, durante el tiempo que prestó sus servicios en la entidad, evidenció que ejercieron como jefes inmediatos de la actora, los coordinadores María Rosario Bernal y los doctores Jaime Camelo y Miguel Castro, quienes impartían las agendas, verificaban que se cumplieran las actividades que debía desarrollar bajo los protocolos, el correcto diligenciamiento de la historia clínica y hacían auditorias en espejo, aspecto este último que fue expuesto por las demás deponentes y por la demandante.

Así mismo, la señora Judith Andrea Mendoza Cárdenas resaltó que, durante el tiempo que fungió como compañera de la señora Jully Arelix

Arias Rodríguez en el centro hospitalario, los señores Ana Lucia Restrepo, Angela Rojas, Guillermo Rubio, actuaron como sus jefes inmediatos e incluso existía un nivel jerárquico en la entidad, entre los que se encontraba el Coordinador de Odontología, el Odontólogo y el jefe inmediato, esto es, el Coordinador de la UPA, quienes verificaban el horario en que prestaba sus servicios la demandante, le impartían órdenes en sus labores diarias y revisaban las actividades que realizaba como higienista y en el caso que la atención prestada a los pacientes no fuera optima le realizaban llamados de atención. Igualmente, las testigos afirmaron que las funciones que ejecutó la demandante, obedecían a lo ordenado por el odontólogo, de lo que se concluye que la demandante no era autónoma en la labor que desarrolló en la entidad demandada.

Ahora bien, frente al horario las testigos precisaron que la labor que desarrolló la demandante en el centro hospitalario la ejecutó dentro de la jornada asignada por la entidad, concretamente la señora Clara Emilce Castellanos Rojas aludió que, este era de lunes a sábado, intercalado este último cada 15 días y, por su parte, la señora Judith Andrea Mendoza Cárdenas resaltó que la demandante cumplió sus funciones dentro de la jornada de 8 horas diarias, suceso que se puede corroborar con las historias clínicas de los pacientes y las agendas.

Sobre el particular, se advierte que obra en el plenario el reporte de los turnos que tuvo a cargo la demandante para ejecutar sus funciones, donde se evidencia la prestación permanente de la labor en el Unidad de Servicios de Salud CAPS Primero de Mayo y en la Unidad Primaria de Atención USS los Alpes.

A su turno, la testigo Judith Andrea Mendoza Cárdenas fue enfática en señalar que, por un tiempo, el horario fue controlado con la huella, procedimiento que se realizaba en el dispositivo digital que se encontraba en la puerta y se debía plasmar al ingresar al consultorio y, a su vez, la deponente Clara Emilce Castellanos Rojas aludió que aparte de dicho control, existían cámaras en las que la entidad podía evidencia la hora de ingreso y salida y en el caso que la demandante llegara tarde le hacían llamados de atención.

Sobre este aspecto, la señora Judith Andrea Mendoza Cárdenas indicó que a la demandante le realizaron llamados de atención verbales, por pedir permisos para asistir a citas médicas cuando estaba en embarazo, donde le señalaban que debía agendarlas en un horario diferente al laboral.

De otra parte, las deponentes fueron concordantes en sostener que la demandante no podía ausentarse de su labor, dado que prestaba atención a los pacientes agendados por la entidad y, por lo tanto, debía pedir permiso para salir a realizar actividades, entre las que se encontraba almorzar y una vez le otorgaban el mismo, debía reponer el tiempo. Vale la pena resaltar la afirmación efectuada por la señora Clara Emilce Castellanos Rojas, alusiva a que en el mes de diciembre le daban unos días, los cuales debía suplir con anterioridad.

Otro aspecto que llama la atención del Despacho, obedece a la afirmación realizada por las testigos respecto a que la entidad le suministraba a la demandante un computador el cual fue inventariado a su nombre, así como los elementos de bioseguridad para desarrollar sus actividades como bata, careta, guantes, tapabocas, gorro e instrumentos y materiales con los que atendía a los pacientes; incluso, la deponente Jennifer Andrea Rodríguez relató que la actora tenía a su cargo un cavitador que era del hospital y, por su parte, la señora Jully Arelix Arias Rodríguez al rendir su interrogatorio aludió que firmó constancia de entrega de micromotores, chaleco, agenda y chaqueta de la institución.

Por otro lado, se evidencia que la entidad capacitó a la demandante en las funciones que tenía a su cargo en igualdad de condiciones que, a los empleados de planta, pues según la Certificación suscrita el 10 de mayo de 2008, por la Subgerente Administrativa y Financiera del Hospital San Cristóbal participó en el proceso de inducción realizado por la entidad el 10 de mayo de dicha anualidad, la cual se efectuó a los **colabores de planta y de contrato**.

En similares condiciones, obra la constancia expedida el 9 de noviembre de 2009, por el señor Juan Carlos Mantilla Alarcón, Profesional Especializado de Talento Humano del centro hospitalario, en la cual señala que la actora participó en el proceso de reinducción que fue realizado a los

colabores de planta y de contrato el 9 de noviembre del referido año, con 8 horas de intensidad.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por la actora por más de **9 años**, no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria, pues ejecutó una **función misional** de la entidad que efectuaba el personal de planta, frente al cual actuaba como subordinada, por lo que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer las actividades a su cargo y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desplegar sus funciones atendiendo los horarios y bajo las mismas condiciones de los empleados de la entidad y medidas de supervisión, con el objeto de realizar funciones básicas que están dentro de su **objeto social**.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009¹⁰, señaló que existe una prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, en la medida que se oculta la verdadera relación laboral, al sostener:

“La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia del 2 de septiembre de 2009, M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-7615, demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968, actora: María Fernanda Orozco Tous.

iii) Remuneración por el trabajo cumplido.

Al respecto, advierte el Despacho que en cada una de las órdenes y contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora Jully Arelix Arias Rodríguez y el Hospital San Cristóbal ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, la cual se pagaba de forma mensual, tal como se advierte de la lectura de dichos documentos, de las actas de liquidación y los desprendibles de pago, emitidos por el centro hospitalario y de cuentas por pagar, expedidos por la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E.

Así las cosas, en criterio del Despacho se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: **i)** la demandante ejecutó directamente la prestación personal del servicio como Auxiliar de Higiene Oral en los diferentes centros de atención de la E. S. E.; labor que, valga la pena anotar **es propia de la actividad misional de la entidad contratante**; **ii)** recibía una remuneración por el trabajo prestado y **iii)** actuaba bajo subordinación, frente a claros elementos que la tipificaron, entre ellos, cumplimiento de horario, acatamiento de instrucciones por parte de los odontólogos, médicos y coordinadores, desarrolló de sus labores con los insumos de trabajo suministrados por la entidad, recibiendo llamados de atención y partícipe en las capacitaciones y reentrenamientos.

Ahora bien, las testigos señalaron que en la entidad demandada existían cargos de planta que desarrollaban las mismas actividades que ejecutó la demandante, resaltando las señoras Clara Emilce Castellanos Rojas y Judith Andrea Mendoza Cárdenas que ejerció dicha condición la señora Cecilia Camargo; igualmente, esta última deponente refirió que también ostentaron tal calidad, las señoras Doris González, Clara Inés Rodríguez, Fanny Duarte, Gladys Casallas, Janeth Lombana y Nilsa (no recuerda el nombre).

Como puede verse, las deponentes son coincidentes en sostener que en la planta de personal del Hospital San Cristóbal ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., existía un cargo que cumplía

las mismas actividades que fueron objeto de los múltiples contratos de servicios que suscribió la demandante con la entidad, pues la señora Jennifer Andrea Rodríguez narra que la única diferencia que denotó fue la carga laboral asignada a la contratita, por cuanto, fue mayor frente a la que le correspondía a los empleados del centro hospitalario. Así mismo, la demandante relató que, en algunas oportunidades, desplegó funciones adicionales a las señaladas en los OPS, resaltando que debía cubrir al Auxiliar de planta, durante el tiempo que se encontraba disfrutando de sus vacaciones.

Por su parte, la Directora Operativa de Talento Humano de la entidad demandada, mediante la certificación señalada anteriormente, precisó que en la planta de personal del antiguo Hospital San Cristóbal hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E. para el periodo comprendido entre los años 2008 y 2017, no contaba con el empleo de higiene oral, dado que **existía** el empleo identificado como **Auxiliar Área de la Salud – Código 412 – Grado 12, adscrito a la Subgerencia de Servicios – Odontología.**

Así mismo, el Director Operativo de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., certificó que verificada la planta de personal y el manual de funciones y competencias laborales de la entidad se evidenció que existe el empleo de Auxiliar Área de la Salud – Código 412 – Grado 15, dependiente de la Dirección de Servicios Ambulatorios.

En ese orden de ideas, la misma entidad demandada afirma que cuentan con el cargo en la planta de personal; sin embargo, como quedó sentado en las órdenes y contratos de prestación de servicios, para el correcto desarrollo de su **objeto misional** fue necesario la contratación de la señora Jully Arelix Arias Rodríguez, toda vez que se requería el apoyo de recurso humano, dado que el personal de planta no era suficiente para ejercer tales actividades.

En ese sentido, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “*la primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues es indudable que la señora JULLY ARELIX ARIAS RODRÍGUEZ se encontraba en las mismas

condiciones del empleo de **Auxiliar Área de la Salud – Código 412 – Grado 12**, cargo que pertenece a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de las órdenes y contratos que suscribió con el Hospital San Cristóbal ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todos los emolumentos a los que tiene derecho la actora, entendiéndose estos, no solo como las prestaciones sociales, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, como aquellas por concepto de pensión (en la proporción correspondiente), debidamente indexados, como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir que **no por el hecho de que se tipifique la relación laboral la hoy demandante adquiere la calidad de empleada pública**, pues como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, para ostentar dicha condición, es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución Política, como son que el cargo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, así como que se cumplan los requisitos de ley, tales como el nombramiento y la posesión y, pese, a que el empleo desempeñado por la actora hace parte de la planta de global del centro hospitalario, no se reúnen a satisfacción las demás condiciones.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contenciosos Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, mediante la sentencia proferida el 21 de julio de 2016, dentro del proceso No. 25000-2325-000-2010-00373-01, señaló:

“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce

plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos¹¹, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión¹².

Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.

5.4.2 Del restablecimiento del derecho.

En este punto, se advierte que las pretensiones de la demanda persiguen una gran variedad de reconocimientos por emolumentos laborales, indemnizaciones o sanciones y devoluciones por pagos efectuados como contratista, frente a los cuales el Juzgado se pronunciará en los siguientes términos:

5.4.2.1 Emolumentos laborales. El extremo actor solicita con la demanda que se le reconozcan los emolumentos que devengan el personal de planta, específicamente, pretende los siguientes: a) diferencia salarial, b) cesantías e intereses; c) primas de navidad, de servicios y técnica, c) bonificaciones y d) vacaciones.

5.4.2.1.1. El salario.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

La jurisprudencia del Consejo de Estado tiene establecido que el restablecimiento del derecho no opera frente al salario, porque la existencia de la relación laboral no otorga la condición de empleado público, por lo cual el salario corresponde a los honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, que como se ha visto, se pagaron durante la ejecución laboral.

Así las cosas, no hay lugar al reconocimiento del salario del empleado de planta y, por ende, no se reconocerán las diferencias salariales entre la remuneración pactada en los contratos y el salario del empleado público que desempeña iguales funciones a las establecidas en los contratos celebrados con la demandante.

5.4.2.1.2. Las prestaciones sociales. En esta dirección, el H. Consejo de Estado ha señalado que el restablecimiento del derecho se contrae a reconocer las prestaciones sociales devengadas por un empleado de planta en el cargo equivalente a los funciones desempeñadas o contratadas, las cuales se liquidarán con base en los honorarios pactados en los sucesivos contratos de prestación de servicios. Al respecto, precisó que las prestaciones sociales que son objeto de reconocimiento en este tipo de asuntos, son las **ordinarias o comunes**, las que clasifica en las que corresponden al empleador y a la seguridad social, en los siguientes términos¹³:

“(…)

Ahora, frente a cuáles son las prestaciones sociales susceptibles de ser reconocidas, esta Subsección, en providencia del 21 de junio de 2018 sobre un asunto fáctico y jurídico similar, dispuso que estas son¹⁴:

- Las prestaciones sociales ordinarias o comunes que perciben los empleados públicos de la entidad demandada, las cuales se encuentra a cargo directamente del empleador, como son las primas o las cesantías, entre otras, y;*
- Las prestaciones sociales a cargo del sistema general de seguridad social como los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que se encuentran a cargo directamente del empleador;*

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15)

¹⁴ Ídem.

y a salud y pensiones que son compartidas entre el empleador y el trabajador.”

Ahora bien, por **prestaciones sociales ordinarias o comunes**, la jurisprudencia se ha referido a las prestaciones sociales a cargo del empleador en términos generales, pues ha indicado que están constituidas por todas aquellas de carácter legal como las primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías que devengan el empleado del cargo equivalente al desempeñado por el contratista, **las cuales le corresponde determinar a la entidad al hacer la correspondiente liquidación**, según el siguiente aparte jurisprudencial¹⁵.

“(…)

*Frente al reconocimiento de otras prestaciones sociales, cabe destacar que esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2016¹⁶, precisó que «con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, [...] acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral. **Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías;** y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización». Asimismo, en providencia de 6 de octubre siguiente¹⁷, aclaró que «el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que no es posible reconocer prestaciones sociales de carácter extralegal que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando el accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas».*

*En virtud del derrotero jurisprudencial expuesto, al actor le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un empleado de planta del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) con iguales o similares funciones a las que él desempeñaba, tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, mas **no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los***

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del 28 de octubre de 2021. Ra. 25000-23-42-000-2015-04331-01(0238-18),

¹⁶ Expediente 810012333000201200020-01 (316-2014).

¹⁷ Expediente 660012333000201300091 01(0237-2014).

empleados públicos, condición de la que él carece.

En ese sentido, le corresponderá al ente accionado al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales que serán objeto de liquidación a favor del actor.” (negrillas a propósito).

Así mismo, dicha Corporación Judicial se ha referido en forma concreta a las siguientes prestaciones:

i) Vacaciones.

En sentencia del 19 de abril de 2018, dentro del expediente No. 81001-23- 33-3000-2013-00096-01, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, se señaló que las vacaciones son un descanso remunerado que, por no haber sido disfrutado, se tienen que compensar en dinero, así:

“(…)

Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato realidad-, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios-, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978, que dispone:

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, 4.] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal

para esconder en la práctica una relación de trabajo»

*Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, **corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria**, pero como quiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005.*

*Sin embargo, el pago de la compensación por el descanso no disfrutó la accionante solo comprenderá lo causado a partir del 24 de enero de 2010, en atención al fenecimiento de la oportunidad para reclamarlo...”
(Negrilla fuera del texto original).*

Posteriormente, en sentencia del 30 de septiembre de 2021, dicha Corporación Judicial¹⁸, se expresó en los siguientes términos:

“Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados¹⁹, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978²⁰, que dispone:

Artículo 20°.- De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;

b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016²¹, la sección segunda de esta Corporación determinó, entre otras reglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del 30 de septiembre de 2021. Rad. 20001-23-39-000-2015-00300-02(6249-19)

¹⁹ De conformidad con el Decreto 3135 de 1968, *«por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales»*, artículo 8º, «Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por los reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosos [...]».

²⁰ Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República mediante ley 51 de 1978, «[...] por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional».

²¹ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, «[...] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero esa garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005²².

Bajo dichos pronunciamientos Jurisprudenciales es claro el derecho que le asiste a la demandante de la compensación en dinero de las vacaciones, en razón a que constituye una prestación social, de conformidad con el principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política

ii) Prima técnica.

La prima técnica no se reconoce por cuanto las normas que la regulan exigen tener la condición de empleado de carrera, circunstancia que no se predica del personal contratado por prestación de servicios. Así se señaló en la providencia proferida por el Consejo de Estado el 4 de noviembre de 2021, ya citada, en los siguientes términos:

“Prima técnica: La prima técnica para los funcionarios del Estado fue regulada entre otros por el Decreto 1661 de 1991 «por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones» y los posteriores que han modificado el precitado régimen.

*Tienen derecho a gozar de este reconocimiento económico **los funcionarios o empleados que desempeñan cargos en propiedad en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Unidades Administrativas Especiales, del orden nacional.***

Dicha prima tiene como objetivos: i) atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados para el

²² «Artículo 1°. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado».

desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad y ii) reconocer el adecuado desempeño del cargo, cuando éste se encuentre en niveles iguales o superiores al 90%, según la correspondiente evaluación.

Luego entonces, dado que la señora Carmela Amparo Arciniegas Gómez no ocupó un cargo en propiedad dentro de la entidad ni tampoco tiene la calidad de empleada pública no es viable otorgarle el reconocimiento de la prima técnica.”.

5.4.2.2 Prestaciones sociales de la seguridad social.

Respecto de las prestaciones de la seguridad social, únicamente se ordena realizar las cotizaciones para pensión. En efecto, la misma sentencia de Unificación que se viene de leer, sobre los aportes no efectuados por la parte contratante al fondo de pensiones, dispuso:

“De igual manera la entidad demandada deberá a título de restablecimiento del derecho tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Manco Quiroz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por último, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra deberá pagar o completar según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora”.

En consecuencia, la entidad demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones de la actora la suma faltante por concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, con fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados y así se ordenará en la parte resolutive de la presente providencia.

5.4.2.3 Sanciones e indemnizaciones.

Existen otras pretensiones que se refieren a indemnizaciones o sanciones por pagos extemporáneos o morosos, que la jurisprudencia ha venido denegando, por no darse los presupuestos para el efecto, así:

5.4.2.3.1 Sanción moratoria por el no pago de las cesantías.

Frente a la sanción moratoria deprecada, la Jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia del 17 de junio de 2021, ya citada, ha señalado que “... *no hay lugar a tal reconocimiento, toda vez que a partir de esta sentencia surge la obligación del pago de las prestaciones al beneficiario, por lo que no es viable acceder a esa pretensión*”²³, razón suficiente para no dar prosperidad a dicha pretensión.

5.4.2.3.2 Indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales.

El Consejo de Estado, en la sentencia del 4 de noviembre de 2021, tantas veces mencionada, ha señalado que el beneficio reclamado sólo aplica para los trabajadores oficiales, más no en las relaciones laborales administrativas, así:

“(...) ”

Indemnización moratoria en los términos del Decreto 797 de 1949: El Decreto 797 de 1949 concede un periodo de gracia de 90 días a las entidades que contraten trabajadores oficiales para poner a su disposición todos los valores que por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones se hallen insolutos en el momento en que termine el contrato; lo que significa que si vencido el aludido lapso el empleador no realiza el pago, se genera en favor del trabajador una mora.

Sin embargo, dentro del sub judice no habrá lugar a su reconocimiento como quiera que dicha sanción es reconocida a los trabajadores oficiales, categoría que no ostenta la señora Carmela Amparo Arciniegas Gómez.”.

Bajo dicho pronunciamiento, también deberá ser denegada la pretensión encaminada al reconocimiento por mora en el pago de las prestaciones sociales que serán reconocidas a favor de la actora.

5.4.2.3.3 Perjuicios morales.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05489-01(1572-18).

En este sentido, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que los perjuicios deben ser probados, pues de lo contrario, habrán de negarse, tal como se consignó en la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2021, por el H. Consejo de Estado²⁴, según la cual:

“Perjuicios morales: Quien pretende el reconocimiento de esta clase de perjuicios debe acreditar la ocurrencia de los mismos, salvo en aquellos casos en que se presumen. Al respecto, se ha indicado que para que proceda el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios morales, es necesario convencer plenamente al juez de la existencia de un padecimiento causado con ocasión de la expedición del acto que se demanda, de tal manera que este, dentro de su discrecionalidad judicial, determine la magnitud del dolor padecido y con fundamento en él, la indemnización a reconocer.

Empero, en el sub examine no existe prueba que acredite la afectación moral de la señora Carmela Amparo Arciniegas Gómez, luego no es procedente su reconocimiento.”.

De conformidad con lo expuesto, no es posible ordenar el pago de daños morales a la demandante, en razón a que no acreditó el perjuicio que, afirma, le fue causado por la entidad demandada al no vincularla a través de una relación legal y reglamentaria.

5.4.2.4 Devoluciones por pagos como contratista.

5.4.2.4.1 Devolución de aportes a la seguridad social (pensión, salud y riesgos profesionales).

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por el contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, por cuanto no existe una disposición de orden legal que señale expresamente un término que extinga la posibilidad de reclamarlos en cualquier tiempo, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00200-01(0570-17).

000-2012-00020-01, al indicar: “Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las **prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud** y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista” - negrita del Despacho-.

Sin embargo, en la aludida sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2021, aclarada el 11 de noviembre del mismo año, se dispuso la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el Contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

“3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como

se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal**” (Negrilla del texto original y subrayado del despacho).

Y más adelante, indicó:

“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal» (Negrillas del texto original).

En ese sentido, esta Juzgadora varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que **es improcedente el reembolso de los aportes a salud que la contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.**

Ahora bien, en sentencia del 17 de junio de 2021, el Consejo de Estado señaló que los aportes a **pensión, salud y riesgos profesionales** no constituyen créditos a favor del demandante, pues pertenecen al Sistema en cuanto se causan conforme a la ley, en los siguientes términos:

“(…)

En lo referente a **la devolución de los aportes efectuados por el demandante a pensión, salud y riesgos profesionales**, lo cierto es que, en criterio de la sala mayoritaria²⁵, esos recursos del sistema

²⁵ Del cual en pronunciamientos anteriores se ha apartado el suscrito ponente, porque la devolución del

*integral de seguridad social son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y **no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado.** En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por los mencionados conceptos.”.*

Por lo anterior, no procede ordenar la devolución de los aportes a pensión salud y riesgos profesionales que efectuó la demandante en su calidad de contratista de la entidad demandada, como quiera que éstos fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social al existir una obligación legal de realizar dicha contribución, los cuales por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal no admiten otro tipo de destinación que el sostenimiento mismo del sistema.

5.4.2.4.2 De la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E”, C. P. Dr. Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon, en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2018, dentro del proceso No. 11001-33-31-030-2012-00117-01, precisó:

*“De otra parte, tal y como lo dispuesto el juez de primera instancia **no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados por la actora por concepto de retención en la fuente y pagos de pólizas de seguros, pues si bien como se dijo la vinculación de origen contractual se desnaturalizó, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con motivo de la relación laboral oculta, más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato.** (Negrilla del Despacho).*

Posteriormente, la referida Corporación Judicial, Sección Segunda Subsección “B” en sentencia del 28 de febrero de 2019²⁶, Magistrado Ponente doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

porcentaje de cotizaciones al sistema integral de seguridad social en salud y pensiones hace parte del restablecimiento del derecho del demandante (lo que estará sujeto al fenómeno prescriptivo), y una decisión en contrario podría constituir un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad estatal demandada. De igual manera, una cosa es que las entidades completen al sistema los aportes correspondientes a pensión (que comporta un derecho imprescriptible), como se dejó sentado en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, y otra, la devolución de lo que el demandante tuvo que sufragar respecto del porcentaje que correspondía a su empleador, que, se insiste, integra su restablecimiento del derecho.

²⁶ Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

“(…)

En cuanto a la **devolución de retefuente** y rete ICA pretendidas por el actor, **no es del caso acceder a ello**, toda vez, que tratándose de valores pagados por concepto de retención en la fuente o rete ICA en contratos realidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó, que ‘... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión’²⁷ (Negrilla fuera del texto original).

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso a la actora de la retención en la fuente que aduce se efectuó sobre cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, ya que comprenden dineros que en su momento se giraron a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, lo que hace irreversible tal situación.

5.4.2.5 De la improcedencia del reintegro de la demandante.

En cuanto a la pretensión de reintegro de la demandante a la entidad accionada, la sentencia del Consejo de Estado identificada bajo el radicado No. 50001-23-31-000-2010-00607-01 del 17 de mayo de 2018 C.P. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, dispuso:

“(…) Por lo tanto, como en el presente caso se probó que fue desvirtuada la existencia de contratos de prestación de servicios entre la señora Yolanda Monroy y la entidad demandada, y que en verdad sí existió un contrato realidad, la consecuencia lógica sería la reparación del daño que sufrió tal como lo estableció el a quo en la providencia recurrida, explicando igualmente que **no podía ser reintegrada, porque el reconocimiento del contrato realidad no le otorga a la demandante la categoría de empleada pública, condición que obedece a una relación legal y reglamentaria conforme lo establece el artículo 122 de la Constitución Política.**

Quiere decir lo anterior, que por el hecho de tener la señora Yolanda Monroy una pretensión de una reparación, **no tiene ella derecho**

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de junio de 2013, C.P., Dr. Luis Rafael Vergara Quintero y Sentencia de 27 de abril de 2016, rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). C.P. Dr. William Hernández Gómez.

a ser reintegrada a la entidad accionada, ya que para ingresar a la misma debió ser vinculada mediante concurso por el proceso de selección que tenga establecido la entidad para tal fin, y ella no lo hizo, simplemente existió un encubrimiento de un contrato realidad, por lo tanto, solo tiene derecho a indemnización.

Consecuentemente con lo anterior, lo aludido por el apoderado de la parte demandante no cuenta con respaldo argumentativo ni probatorio, ya que sí fue declarado el contrato realidad por el a quo en la parte considerativa del fallo y, por tanto, se confirmará lo establecido por el a quo que negó tal pretensión de reintegro” (negrita del Despacho).

Así las cosas, se niega la pretensión realizada por la actora en atención a que la jurisprudencia no contempla el reintegro sino la indemnización, y como se manifestó en líneas anteriores, tampoco se le otorga la condición de empleada pública, ya que la relación no surgió de un vínculo legal y reglamentario preexistente, y siendo el ingreso al servicio como empleada, un procedimiento reglado, no es del caso ordenar el reintegro solicitado.

5.5 De la prescripción.

En este acápite se estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que esta Juzgadora en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, había adoptado el precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01²⁸, según la cual “... **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**” y, en ese sentido, daba aplicación a lo dispuesto por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14), que dispuso que “... la

²⁸ Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive”.

Ahora bien, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre del mismo año, respecto al fenómeno prescriptivo, dispuso:

“3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad.

137. Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.

138. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

(...)

Y más adelante, agregó:

“3.2.1. Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

[...] 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.

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

[...] 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. (Negrillas del texto)

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse” (Negrilla del texto original).

Así las cosas, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, para efectos de determinar la ocurrencia de la prescripción.

Ahora bien, de las certificaciones expedidas por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., se evidencia que la actora prestó sus servicios, así:

- Del 17 de abril de 2008 al 30 de noviembre de 2008
- Del 1 de diciembre de 2008 al 31 de enero de 2009
- Del 2 de febrero de 2009 al 15 de enero de 2010
- Del 18 de enero de 2010 al 15 de junio de 2010
- Del 21 de junio de 2010 al 20 de enero de 2011
- Del 1 de febrero de 2011 al 30 de abril de 2011
- Del 2 de mayo de 2011 al 13 de enero de 2012
- Del 23 de enero de 2012 al 30 de noviembre de 2012
- Del 10 de diciembre de 2012 al 31 de enero de 2013
- Del 1 de febrero de 2013 al 31 de marzo de 2013
- Del 1 de abril de 2013 al 30 de abril de 2013
- Del 1 de mayo de 2013 al 31 de diciembre de 2013
- Del 13 de enero de 2014 al 31 de enero de 2014
- Del 1 de febrero de 2014 al 30 de junio de 2014
- Del 1 de julio de 2014 al 30 de septiembre de 2014
- Del 1 de octubre de 2014 al 30 de noviembre de 2014
- Del 1 de diciembre de 2014 al 20 de enero de 2015
- Del 21 de enero de 2015 al 31 de mayo de 2015
- Del 1 de junio de 2015 al 31 de agosto de 2015
- Del 1 de septiembre de 2015 al 30 de noviembre de 2015
- Del 1 de diciembre de 2015 al 31 de diciembre de 2015
- Del 1 de enero de 2016 al 9 de enero de 2017
- Del 10 de enero de 2017 al 30 de septiembre de 2017

Como puede verse, entre uno y otro de los contratos de prestación de servicios, no existen lapsos de interrupción en los que la demandante no prestó sus servicios por más de treinta (30) días hábiles a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, de modo tal, que no se genera interrupción que desvirtúa la permanencia en el servicio, por lo que se concluye que la demandante prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida desde el **17 de abril de 2008 al 30 de septiembre de 2017.**

Sobre el particular, es menester precisar que, si bien en las aludidas certificaciones se aclaró que frente al contrato No. 538-2016, el cual inició el 1 de enero de 2016 y culminó el **9 de enero de 2017**, existió una suspensión por el lapso comprendido entre el 6 de febrero de 2016 y el 15 de mayo del mismo año, sin hacer alusión a la causal que fue determinante para proceder en tal sentido, lo cierto es que no se presentó ruptura del vínculo laboral, dado que no se dio por terminado dicho contrato; amén, que sucesivamente se celebró el contrato PS 0265 2017, por cuanto este tuvo apertura a partir del **10 de enero de 2017**, de forma que, se entiende que existió continuidad en la labor y, en consecuencia, no hay lugar a determinar que por dicho periodo se presentó interrupción alguna.

Así las cosas, en consideración a que la demandante presentó reclamación administrativa, mediante escrito del **20 de septiembre de 2018** y que en los contratos celebrados hubo vocación de permanencia en la labor, se concluye que no se configuró fenómeno prescriptivo alguno.

5.5.1 Prescripción de los aportes no efectuados por la contratante al Sistema General de Pensiones.

Respecto de la prescripción de los aportes no efectuados al Sistema General de Pensiones, la sentencia de unificación dispuso:

“Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a 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, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de

cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.”

Así las cosas, debido a que se trata de aportes pensionales no están sometidos al fenómeno de la prescripción.

5.6 De la condena.

De la lectura de las pretensiones del libelo demandatorio, se observa que el apoderado de la parte actora tasó las sumas por las cuales considera debe reconocerse, a título de restablecimiento del derecho, las prestaciones sociales a favor de la demandante.

Al respecto, es menester precisar que el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia proferida el 12 de mayo de 2014, dentro del proceso No. 25000-23-25-000-2007-00435-02(1153-12), con fundamento en el concepto expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de dicha Corporación el 26 de septiembre de 1990, señaló que las sentencias que profiera la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en materia laboral, implican decisiones específicas y, por ende, contienen los criterios para que la condena sea determinable por la administración, al precisar:

“Sobre este aspecto resulta ilustrativo el pronunciamiento efectuado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación el 26 de septiembre de 1990, al absolver una consulta formulada por el Ministro de Hacienda. Veamos:

“Las condenas se pronuncian in genere o se dictan en concreto. Las primeras obedecen al hecho de que en el proceso, aunque aparece acreditada la existencia del perjuicio o daño, no se halla probada la cuantía o monto de la indemnización correspondiente. En este tipo de condenas se da una insuficiencia probatoria sobre el último extremo, que deberá suplirse durante el trámite posterior.

Las condenas en concreto pueden asumir dos formas, igualmente válidas, así : a)- La sentencia fija un monto determinado por concepto de perjuicios; por ejemplo, condena a pagar \$ 1'000.000.00 ; y b)- La sentencia no fija suma determinada, pero la hace determinable, bien porque en la misma se dan en forma precisa o inequívoca los factores para esa determinación, de tal manera que su aplicación no requiere de un procedimiento judicial subsiguiente, con debate

probatorio para el efecto; o bien, porque los elementos para esa determinación están fijados en la Ley, tal como sucede con los salarios y prestaciones dejados de devengar por un funcionario o empleado público durante el tiempo que estuvo por fuera del servicio.

En otras palabras, la Administración cumple las sentencias, las ejecuta dice la norma (artículo 176 del C.C.A.), una vez estén ejecutoriadas (artículo 174 ibídem). Pero ese cumplimiento se entiende sólo cuando contengan condena en concreto, en las dos hipótesis explicadas; o cuando se haya cumplido el procedimiento de liquidación y el auto correspondiente esté ejecutoriado (Condena in genere).

En estos eventos, como lo dispone el mismo código administrativo, la administración deberá adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento y es aquí donde **la administración para acatar la sentencia deberá hacer las operaciones aritméticas, aplicando los factores que no requieren prueba por ser de orden legal, para determinar la cuantía de la indemnización.**

En materia laboral no procede, en principio, la condena "in abstracto", toda vez que en la Ley y en los reglamentos están dados los elementos para su liquidación. Sería procedimiento inútil, dilatorio e ilegal que tuviera que hacerse condena "in genere", para luego, por una liquidación incidental dentro del proceso mismo, determinar el valor de una condena por salarios, prestaciones y demás derechos sociales, cuando estos presupuestos están forzosa e ineludiblemente señalados por la Ley.

No puede olvidarse que la presunción de derecho de conocimiento de la ley, se aplica tanto a los particulares como a los funcionarios públicos.

(...)

Con fundamento en lo expuesto la Sala responde:

1o.- El Código Contencioso Administrativo comprende dos clases de condenas, una genérica y otra específica. La primera requiere surtir un incidente para determinar la cuantía de la obligación. La segunda no necesita de incidente porque esa cuantía es determinada o determinable en la ley o en los reglamentos con fundamento en la sentencia.

2o.- Las sentencias que profiera la jurisdicción contencioso administrativa, en materia laboral, implican condenas específicas porque el valor de las mismas está determinado en las sentencias o se deduce de la sentencia en relación con las leyes o reglamentos. En estos casos por lo mismo no hay necesidad de proferir autos que liquiden el valor de las mismas.

Las condenas que no son líquidas pero sí liquidables, de conformidad con el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo se cuantifican mediante acto administrativo".
(Subraya la Sala)

A partir del anterior referente jurisprudencial resulta claro que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se equivocó al declarar probada la inexistencia de título ejecutivo y terminar el proceso, con fundamento en una premisa falsa, cual es que la sentencia objeto de ejecución contiene una condena en abstracto que necesariamente requería un trámite incidental de liquidación” (resaltado propio del Despacho).

Luego, dicha Corporación Judicial - Sección Segunda – Subsección "B", con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en providencia del 25 de noviembre de 2019, dentro del expediente No. 25000-23-42-000-2014-00291-02(1997-17), refirió que las sentencias declarativas, como la proferida por este Despacho, compila los parámetros sobre los cuales se debe basar la entidad demandada para impartir cumplimiento a la orden impuesta en una instancia judicial, al precisar²⁹:

“33. En presente caso concreto, la Sala se ha permitido revisar la sentencia de 29 de agosto de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, y ha encontrado que en ella se consignaron las bases y condiciones que se deben tener en cuenta por la entidad demandada al momento de proferir el acto de cumplimiento.

*34. **Asimismo, se observa que dicha sentencia la condena fue en concreto, toda vez que de manera clara y precisa se señalaron los ítems a tener en cuenta** en la reliquidación de la pensión, el porcentaje en que debe reconocerse, los factores salariales y la proporción de éstos que deben hacer parte del ingreso base de liquidación de la prestación. **De esta manera a la entidad no le queda otro camino que proceder a cumplir la sentencia conforme a las bases señaladas en la sentencia;** y en tal virtud, no es necesario ni procedente que el juez que conoció y decidió el proceso se inicie un trámite como el pretendido por el actor, puesto que, se repite, la condena se hizo en concreto y por ende no se requiere un trámite posterior para obtener una liquidación que se puede hacer a través de una simple operación aritmética” (negrita ajena al texto).*

Expuesto lo anterior, es claro para el Despacho que no hay lugar a determinar con sumas ciertas, el valor de cada concepto por el que se debe liquidar la condena, dado que en la parte resolutive de la presente providencia se expresa con precisión las prestaciones que son objeto de reconocimiento, las cuales deben tasarse con base en el valor de los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios que suscribió con la demandante y el periodo por el cual deben

²⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda – Subsección "B" - Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Sentencia del veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 25000-23-42-000-2014-00291-02(1997-17).

sufragarse, de modo que, la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E. cuenta con las bases y condiciones necesarias para acatar la decisión que se adopta.

6. COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso, contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de la relación laboral entre la señora JULLY ARELIX ARIAS RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.858.170 y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E. S. E.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del Oficio No. 20181100274371 del 11 de octubre de 2018, por medio del cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E. S. E., negó a la actora el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que se derivaron de la existencia de una relación laboral.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E. S. E. **RECONOCER Y PAGAR** a la señora JULLY ARELIX ARIAS RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.858.170, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas que devenga un **Auxiliar Área de la Salud – Código 412 – Grado 12**, por los periodos contratados, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los

periodos correspondientes a los contratos suscritos entre el **17 de abril de 2008** y el **30 de septiembre de 2017**.

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{R.H. } \underline{\text{Índice Final}}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo reconocido en la presente sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

CUARTO.- ORDENAR a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E. S. E. a:

i) **PAGAR** a la señora JULLY ARELIX ARIAS RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.858.170, los valores que canceló por concepto de **pensión**, en virtud de los contratos de prestación de servicios, según los porcentajes fijados por Ley al empleador, durante el tiempo comprendido entre el **17 de abril de 2008 y el 30 de septiembre de 2017**.

ii) En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por la actora para **pensión** y los que se debieron efectuar **COTIZAR** la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que 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 existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

iv) **ACTUALIZAR** tales sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

R= R.H. Índice Final
Índice Inicial

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde al concepto de **pensión**, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente

QUINTO.- Sin costas a cargo de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E. S. E.

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

OCTAVO.- Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

NOVENO.- La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora, excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 009, de hoy 13 de mayo de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.



Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

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:

**b89aab531e38ffb349777645db13e844de005a7af681ceeb610d9e7a4
222ec2d**

Documento generado en 09/05/2022 02:58:06 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso:	11001-33-35-018-002020-00348-00
Demandante:	LUZ OMAIRA GALVIS BERRIO
Demandado:	BOGOTA DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.
Asunto:	SENTENCIA

La señora **LUZ OMAIRA GALVIS BERRIO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 53.068.809, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DISTRITAL DE EDUCACIÓN SOCIAL –, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

Las pretensiones en que se sustenta la demanda fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 12 de octubre de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

1.2. HECHOS

1.2.1. Expresó que la Secretaría Distrital de Integración Social tiene por objeto prestar servicios sociales básicos a la población vulnerable, entre los cuales, se encuentra el “Servicio de Atención Integral a la Primera Infancia y/o Servicio de Educación Inicial en el Distrito”, de conformidad con el Decreto Distrital 607 del 28 de diciembre de 2007, razón por la cual la entidad cuenta con jardines infantiles e instructores (maestros) de

planta y por contrato de prestación de servicios.

1.2.2. Indica que la actora prestó sus servicios personales a la entidad demandada como auxiliar pedagógico (maestra auxiliar) y responsable del Jardín Infantil de Atención Integral a la Primera Infancia, desde el 10 de enero de 2012 hasta el 1° de abril de 2020.

1.2.3. Aclara que no tuvo contrato de prestación de servicios por el lapso comprendido entre la mitad del mes de diciembre y enero de cada año, porque los Jardines Infantiles de la Secretaría Distrital de Integración Social entraban en periodos de receso, y en otros periodos (sin identificar), la interrupción se debió al dispendioso procedimiento de contratación de servicios profesionales.

1.2.4. Afirma que la demandante siempre recibió una remuneración mensual como contraprestación por sus servicios, consignados en su cuenta de ahorros.

1.2.6. Sostiene que tenía que ejecutar las obligaciones contractuales ceñida al “Lineamiento Pedagógico y Curricular para la Educación Inicial en el Distrito”, los “Estándares Técnicos para la Calidad de la Educación Inicial”, y el “Proyecto Pedagógico del Jardín Infantil”; y cumplirlas en las instalaciones asignadas por la entidad, con lo cual estima probado que recibía órdenes sobre cómo hacer y en dónde realizar el trabajo.

1.2.7. Aduce que tenía que cumplir las obligaciones contractuales en horario que iba desde las 7:00 a.m. hasta las 5:00 p.m., de lunes a viernes, el cual concuerda con el fijado para los jardines infantiles por medio de la Resolución 0594 de 28 de marzo de 2016, y por consiguiente, debía permanecer en las instalaciones del jardín asignado, es decir, la entidad determinaba cuando hacer su trabajo, lo que interpreta como muestra de subordinación y ausencia de autonomía, pues debía pedir permiso o autorización para ausentarse del trabajo.

1.2.8. Indica que la Secretaría Distrital de Integración Social vigilaba y supervisaba constantemente sus obligaciones contractuales a través de los coordinadores, y el desempeño era evaluado periódicamente de acuerdo con las publicaciones de la página web de la entidad.

1.2.9. Agrega que debía portar uniforme por instrucciones de la Coordinadora de la Secretaría Distrital de Integración Social.

1.2.10 Informa que las obligaciones contractuales las cumplía con los materiales y elementos que le suministraba la entidad contratante, según la respectiva publicación en su página web sobre dotación de jardines infantiles.

1.2.11. Expresó que “El Lineamiento Pedagógico y Curricular para la Educación Inicial en el Distrito”, orientan el que hacer de las maestras tanto de la Secretaría de Educación Distrital como de la Secretaría Distrital de Integración Social, pues lo elaboraron ambas entidades, y en su página 37, señala que los jardines infantiles son escuelas.

1.2.12. Menciona la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, porque estableció que la labor docente es subordinada.

1.2.13. Trae a colación el informe de seguimiento a las medidas de austeridad del gasto público, en cuanto tiene como dato que en el 2016 se celebraron 13.018 contratos de prestación de servicios, y en el 2017 fueron 8.538 contratos de prestación de servicios, con lo cual estima probado la Secretaría Distrital de Integración Social vincula contratistas para prestar servicios misionales.

1.2.14 La demandante asistía a constantes reuniones y capacitaciones de carácter obligatorio, convocadas por la entidad demandada.

1.2.15 A su criterio, los objetos contractuales siempre fueron los mismos, esto es, prestar servicios para la atención integral de la primera infancia

en los jardines infantiles de la entidad.

1.2.16 Manifestó que el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, previsto en las Resoluciones Nos. 629 de 2006 y 1387 de 2016, contiene el cargo de “Instructor, Código 313, Grado 15”, cargo que, a su entender, comparte similitud de funciones con el objeto contractual encargado a la demandante, y no requerían conocimientos especializados distintos a los exigidos al personal de planta, por lo cual estima vulnerado el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

1.2.17 Informó que laboró en los jardines infantiles hasta el 1° de abril de 2020, fecha de culminación del contrato 2019-6154 de 22 de marzo de 2019, pues no fue llamada a firmar un nuevo contrato de prestación de servicios.

1.2.18 Señala que elevó petición el 22 de octubre de 2009, encaminada a que la entidad le reconociera la existencia de una relación laboral y los derechos prestacionales, la cual fue negada a través del Oficio S2020112036 del 29 de octubre de 2020.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El apoderado de la parte actora estima desconocidas las siguientes normas:

2.1. Constitucionales: artículos 1, 2, 4, 6, 12, 13, 25, 29, 48, 53, y 125.

2.2. Legales: artículos 2° (último inciso) del Decreto Ley 2400 de 1968; 1° del Decreto Ley 3074 de 1968, 7 del Decreto 1950 de 1973, 6° de la Ley 60 de 1993, 22 de la Ley 100 de 1993, 48 (Num. 29) de la Ley 734 de 2002, y 17 del Decreto 626 de 2008, y las Leyes 790 de 2002 y 909 de 2004

Sobre el particular, sostuvo que el acto administrativo demandado desconoce la naturaleza del vínculo de la accionante con la entidad,

amparado en la figura del contrato de prestación de servicios, pues la labor prestada en los jardines infantiles de la Secretaría Distrital de Integración Social, desarrolla la misión de la entidad, como lo es prestar servicios sociales básicos a la población vulnerable.

Agrega que acude a los principios del artículo 53 Superior, en particular, los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades, e irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas, con el fin de que se le garantiza la igualdad con respecto a los servidores públicos que realizaron funciones iguales, conforme a la Sentencia CE-SUJ2-005-12 del 25 de junio de 2016 del Consejo de Estado, que se refirió al caso de la labor docente.

En este sentido, si bien, reconoce que el contrato de servicios lo regulan los Decretos ley 222 de 1983, 80 de 1993 y 190 de 1995, aduce que la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 estableció las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, y precisó que la diferencia sustancial reside en la subordinación; mientras que a través de la sentencia C-614 de 2009, que se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 20 del Decreto 2400 de 1968, señaló que la permanencia también indica la existencia de una verdadera relación laboral, a lo cual le suma normas que prohíben el uso indebido del contrato de prestación de servicios, como el artículo 7° del Decreto 1950 de 1973 y 17 de la Ley 790 de 2002 y 48 (Num. 29) de la Ley 734 de 2002.

Señala que el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, opera frente a los contratos de prestación de servicios que ocultan una relación laboral, con el fin de proteger el derecho al trabajo previsto en el artículo 25 Superior, cuando son utilizados para contratar funciones o actividades que desarrollan los trabajadores vinculados al sector público o privado, y además, operan los elementos esenciales de la relación laboral, a saber: prestación personal del servicios, remuneración y subordinación, bajo el entendido que no se aplica la sentencia del 18 de noviembre de

2003 que se refiere a la coordinación.

Frente al caso concreto, expresó que la Secretaría demandada cumple su objeto misional con personal de planta y por medio de contratos de servicios, con lo cual los primeros disfrutaban de los derechos laborales establecidos en la legislación, mientras que los otros – los contratistas – quedan marginados de los beneficios laborales, enmarcados en el Decreto ley 2277 de 1979 que regula actividad docente en armonía con el artículo 104 de la Ley 115 de 1994, razón por la cual acusa a la administración de haber vulnerado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado al contratar personal docente, sujetos a subordinación y continuada dependencia.

III. CONTESTACIÓN.

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **24 de marzo de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso las siguientes razones de defensa:

Con base en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la sentencia C-154 de 1997 y los artículos 22 y 23 del CST, expresó que se debe probar la subordinación o dependencia, y la permanencia entendida como labor inherente a la entidad, como presupuestos fundamentales de la relación laboral, según la sentencia de 11 de noviembre de 2015 del Consejo de Estado. Sin embargo, indicó que el Consejo de Estado ha precisado que la coordinación de actividades no configura la relación laboral, así el contratista cumpla un horario, presente informes, y reciba instrucciones del superior.

Agrega que como los actos administrativos se presumen legales, por disposición del artículo 88 del CPACA, a la parte actora le corresponde demostrar la ilegalidad, esto es, que se configuran los tres elementos de una relación laboral, según el aparte que transcribe de la sentencia de 4 de febrero de 2016 del Consejo de Estado.

En todo caso, señaló que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado como regla jurisprudencial, que en estos casos es aplicable la figura de la prescripción trienal, respecto de cada uno de los contratos, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se hizo el 22 de octubre de 2020.

A manera de conclusión, expresó que la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, y no existen obligaciones pendientes a favor del demandante, porque se pagaron los honorarios pactados, tampoco considera que se dieron los elementos de una relación laboral, y, además, operó la prescripción.

Igualmente, propuso las siguientes excepciones de mérito:

(i) Legalidad del contrato de prestación de servicios: Sostuvo que la demandante ejecutó el objeto contractual de forma independiente y autónoma, conforme al artículo 32 (Num. 3º) de la Ley 80 de 1993, norma que, a su criterio, permite el vínculo contractual para ejecutar actividades conexas con la actividad que cumple el Estado, y cuando no puede realizarse con personal de planta, sin generar prestaciones sociales.

Observa que la normativa de los contratos estatales ha evolucionado. Por ejemplo, señaló que los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011 establecen las obligaciones de quienes supervisan los contratos de prestación de servicios, sin que su ejercicio implique actos subordinantes. También señaló que no se le exigió a la demandante la constitución de póliza de garantías, como sucede en los contratos estatales, en aplicación del artículo 8º del Decreto 4828 de 2008.

(ii) Inexistencia del contrato realidad: Expresó que en este caso no se cumplen los requisitos para aplicar el principio de primacía de la realidad sobre la formalidad, debido a que no se demostraron los elementos del contrato realidad, en particular, la subordinación. Reitera que la supervisión forma parte de la dirección de los contratos con el fin de establecer que los contratistas cumplen a cabalidad con la actividad, y

quienes no lo hacen para aplicar las cláusulas pertinentes.

(iii) Inexistencia de la obligación reclamada: Advirtió que no existen obligaciones pendientes de pago.

(iv) Cobro de lo no debido: Señala que pagó los honorarios causados en ejecución de los contratos de prestación de servicios.

(v) Prescripción: Observa que entre cada contrato se presentaron interrupción que determina la aplicación de la prescripción.

(vi) No configuración del derecho al pago de ninguna suma de dinero ni indemnización: Señaló que no hay pagos por hacerle a la demandante.

(vii) Buena fe de la demandada: Aduce que, si se evalúan sanciones, se debe examinar la conducta de la entidad.

(viii) Enriquecimiento sin causa: Por pretender el pago de obligaciones no causadas.

ix) Compensación: En caso de ser condenada, solicita que sea tengan en cuenta lo pagos efectuados a la actora.

(x) Improcedencia de la extensión jurisprudencial, de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016: Aduce que en esta providencia se trataba de una docente del municipio de Ciénaga de Oro que prestó servicios en el marco de la educación formal, mientras que la actora fue contratada para educación inicial en el marco del proceso de atención integral a la primera infancia, es decir, un servicio social.

Elaboró una tabla comparativa entre el objeto social de la Secretaría Distrital de Integración Social, y la Secretaría Distrital de Educación, con base en la cual señala que también es diferente la normativa que las regula: la educación formal se rige por la Ley 115 de 1994, mientras que

la atención de la primera instancia efectuado a través de jardines infantiles se regula por el artículo 29 de la Ley 1098 de 2006, reglamentado por el Acuerdo 138 del Concejo de Bogotá, el Decreto 57 de 2009 y la Resolución Interna 325 de 2009, las que no exigen al talento humano un plan de créditos de estudios profesionales, ni otorga ascenso en el escalafón, pues el personal sólo necesita ser idóneo en procesos de desarrollo infantil y cuidado calificado.

Adicionalmente, expresó que la citada sentencia de unificación fijó reglas en materia de prescripción, y determinó que el reconocimiento de prestaciones sociales se hacía sobre los honorarios pactados, a título de restablecimiento del derecho, razón por la cual considera que el pronunciamiento adquiere el carácter de *obiter dicta* en lo relacionado con la docencia, más no de *ratione decidendi*.

(xi) Genérica: Solicita que se declaren probadas las excepciones que resulten probadas dentro del presente proceso.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora mediante escrito del **25 de marzo de 2022**, allegado vía correo electrónico, expresó que el asunto se contrae a determinar si la administración distrital vulneró el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades por indebida aplicación de la ley, y de paso, si la entidad incurrió en falsa motivación y desviación de poder para sustraerse al pago de las prestaciones sociales.

Al respecto, aduce que las pruebas documentales y testimoniales que obran en el proceso, permite inferir la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, pues el vínculo se extendió durante más de ocho (8) años continuos, con el fin de garantizar la operación de los jardines infantiles.

Señala que los testimonios indicaron que la actora cumplía horario, recibía instrucciones de la Coordinadora del Jardín Infantil, y cuando se desempeñó como Coordinadora las instrucciones las recibía de la Referente de Infancia de la Localidad, el Subdirector Local y los Profesionales de Fortalecimiento de la entidad, quienes le revisaban el trabajo porque los Jardines Infantiles son un proyecto permanente de la Secretaría demandada, a lo cual le suma que tenía que solicitar permiso, ejercer las funciones ceñida al Lineamiento Pedagógico y Curricular para la Educación Inicial del Distrito de Bogotá, no podía decidir el lugar de prestación del servicio, la obligaban a asistir a reuniones, y los materiales de trabajo los suministraba la administración.

Reiteró que la demandante ejerció como maestra en el marco de la Atención Integral de la Primera Infancia y como responsable de plantel educativo, por lo cual estima aplicable la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, y las normas que regulan el servicio educativo citadas con la demanda, con lo cual estima relevante el tema de la naturaleza y el lugar del servicio prestado, pues se desempeñó como docente de Jardín Infantil, o Centros de Educación Inicial regulada por la Ley 804 de 2016

Considera que la anterior circunstancia implicaba que tuviera que cumplir horarios, sin posibilidad de ausentarse, pues no podía terminar la jornada hasta cuando le entregara los niños a los padres, que estaban bajo su cuidado, control y responsabilidad, asimismo, ello implicaba que no podía actuar con autonomía técnica o científica, sino bajo las instrucción y control de quienes ejercen el control e inspección del sistema público de educación inicial, de acuerdo al proyecto pedagógico construido para los jardines infantiles, razón por la cual afirma que laboraba en igualdad de condiciones que los instructores de planta, pues el manual de funciones contenido en la Resolución 1680 de 29 de octubre de 2015, señala similares funciones a las desempeñadas por la demandante, cuando fungió como Coordinadora o Responsable de Jardín Infantil.

Por lo anterior, aduce que el Consejo de Estado mediante providencia del 9 de septiembre de 2021, decidió extender los efectos de la sentencia del 25 de agosto de 2016, al caso de los contratista docentes de la Secretaría Distrital de Integración Social, y por ende, también se debe aplicar a su caso, en cuanto que se dan iguales circunstancias.

Los argumentos expuesto en precedencia, los utiliza para afirmar que se vulneraron disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias previstas en los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 122 y 125 de la Constitución Política, artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, artículos 1, 2, 3, 10 y 36 del Decreto 2277 de 1979, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, artículos 105, 107 y 115 de la Ley 115 de 1994, artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968, artículo 6 de la Ley 60 de 1993, artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 17 del decreto 626 de 2008; a tono con esta afirmación, formula el cargo de falsa motivación,

Finalmente, señala que su representada desarrolló la labor docente sin solución de continuidad, pues aunque entre uno y otro contrato pudo haber transcurrido un tiempo mayor al señalado jurisprudencialmente, deben tenerse en cuenta los periodos de receso y vacaciones de los jardines infantiles, en diciembre y enero, con lo cual estima no se configura la interrupción contractual.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada mediante escrito del **29 de marzo de 2021**, allegado vía correo electrónico, señala que de resolverse positivamente el problema jurídico, se debe examinar la ocurrencia o no de la prescripción, sin embargo, realizó el análisis de los tres (3) elementos del contrato realidad en los siguientes términos:

Frente a la prestación personal del servicio no estimó suficiente con presentar los contratos de prestación de servicios, porque no existe prueba de cómo se desarrolló el objeto o actividades contractuales, en la medida que los testimonios carecen de credibilidad, pues califica de parcializado

el testimonio de la señora Lisset Marcela Álvarez Macías, porque interpuso demanda por igual motivo, mientras que la señora Claudia Milena Ávila Zorro compartió con la demandante un tiempo corto, pues tuvo interrupciones amplias entre los años 2014 al 2020, a lo cual le suma que el servicio no se prestó de forma continua.

En punto de la remuneración expresó que no existió salario sino honorarios, pagados durante los meses de vigencia del contrato, conforme a los certificados de disponibilidad presupuestal.

Sobre la subordinación indicó que no se probó con las documentales aportadas, amén que los testimonios carecen de credibilidad por lo ya expresado y la tacha de imparcialidad propuesta en la audiencia de pruebas, ello bajo el entendido que la carga de prueba le corresponde a la demandante, en razón a presunción de legalidad del acto administrativo, prevista en el artículo 88 del CPACA, en armonía con el artículo 167 del CGP.

En todo caso, considera que no todas las pretensiones de restablecimiento del derecho tienen vocación de prosperidad, como las siguientes: (i) la declaratoria de ineficacia de cláusulas contractuales, pues el presente medio de control de nulidad no es idóneo para el efecto, ni se pone en tela de juicio la legalidad de los contratos de prestación de servicios; (ii) el reintegro o devolución de aportes a la seguridad social, porque son obligaciones a cargo del contratista; (iii) el interés a las cesantías y la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, porque la sentencia es constitutiva del derecho, según la jurisprudencia.

A manera de conclusión, señaló que no se evidencia la configuración del elemento de la subordinación, entendida como sujeción de la actora a órdenes, y además, porque la prestación personal del servicio no fue continua e ininterrumpida, y en todo caso, considera que los informes constituye una obligación pactada, según la jurisprudencia, además de lo expresado con anterioridad.

4.3. Agente del Ministerio Público.

La señora Agente del Ministerio público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones propuestas por el extremo demandado, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción de **prescripción de cada uno de los contratos**, se precisa que será resuelta en acápite posterior de este escrito y en cuanto a la **genérica**, se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 12 de octubre de 2021, no se encontraron excepciones que debieran ser declaradas en oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante que sustenta los hechos y pretensiones:

5.2.1. Documentales.

5.2.1.1. Petición elevada por la actora el 22 de octubre de 2020, radicado E2020026725, por medio de la cual solicitó a la entidad demandada la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho, los aportes a la seguridad social y el reembolso de los valores que sufragó por este último concepto y por retención en la fuente, así como

la sanción moratoria y ajustes de valor.

5.2.1.2. Oficio No. S2020112036 del 29 de octubre de 2020, por medio del cual la Subdirectora de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social negó la petición con radicado E2020026725 del 22 de octubre de 2020, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 1082 de 2015.

5.2.1.3. Oficio S2019021565 del 7 de marzo de 2019, por medio del cual la Subdirectora de Contratación de la Secretaría de Integración Social negó las peticiones con radicado E2019227422 y 356782019, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 1082 de 2015.

5.2.1.4. Circular 008 del 7 de mayo de 2013 expedida por el Despacho del Procurador General de la Nación, y destinada a las autoridades distritales, entre otras, cuyo asunto es el cumplimiento de las Leyes 1233 de 2008, 1429 de 2010 y 1438 de 2011 y las Sentencias C-614 de 2009 y C-171 de 2012 sobre deslaborización y tercerización laboral.

5.2.1.5 Documento denominado “ESTÁNDARES TÉCNICOS PARA LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN INICIAL” de la Secretaría Distrital de Integración Social, actualización de septiembre 18 de 2017.

5.2.1.6. Resolución 594 de 28 de marzo de 2016 “*Por la cual se establece el horario y turnos de trabajo de los servidores/as de la Secretaría Distrital de Integración Social*” destacándose la siguiente disposición:

“ARTICULO QUINTO: *Establecer el horario de los/las servidores/as públicos de la Secretaría Distrital de Integración Social que desempeñan*

funciones en los Jardines Infantiles de 7:00 a.m. a 4:30 p.m. o de 7:30 a.m. a 5:00 p.m.”

5.2.1.7. Extracto de la Resolución 629 de 26 de junio de 2007 *“Por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Secretaría Distrital de Integración Social”*, según la cual el empleo denominado Instructor Código 313 Grado 09 de la Dirección Territorial – Subdirecciones Locales para la Integración Social – Unidades Operativas – Jardines tiene el siguiente propósito principal:

“Organizar y realizar actividades pedagógicas recreativas culturales y deportivas con el fin de lograr el desarrollo integral de los niños-as a cargo. Preparar y presentar los informes que se requieran.”.

5.2.1.8. Extracto de la Resolución 1387 de 10 de octubre de 2016 *“Por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Secretaría Distrital de Integración Social”*, según la cual el empleo denominado Instructor Código 313 Grado 09 del Área Funcional - Dirección Territorial – Subdirecciones Locales para la Integración Social – Unidades Operativas para la Primera Infancia, tiene el siguiente propósito principal:

“Realizar actividades pedagógicas para lograr el bienestar y desarrollo integral del grupo de niñas a cargo y sus familias, vinculados a las unidades operativas de las Subdirecciones Locales, de acuerdo con los parámetros y normas establecidos.”.

5.2.1.8 Constancia del 22 de septiembre de 2020 expedido por la Subdirectora de Gestión y Desarrollo del Talento Humano de la Secretaría Distrital de Integración Social, por medio del cual certificó la vinculación de una ex servidora pública como Instructora Código 313, Grado 05, entre el 2 de febrero de 2009 y el 31 de julio de 2011.

5.2.1.9. Certificados de 16 de julio de 2019, 17 de junio de 2020 y 4 de marzo de 2021, por medio de los cuales la Subdirectora de Contratación de la Secretaría de Integración Social señala que Luz Omaira Galvis Berrio suscribió varios contratos de prestación de servicios que relaciona así:

CONTRATO	FECHA	PLAZO	INICIO	TERMINACIÓN	VALOR
2011-4101	26/12/11	2 MESES	10/01/12	09/03/12	2.194.200
2012-1115	07/02/12	9 MESES	12/03/12	20/02/13	10.170.117
2013-2731	25/02/13	11 MESES	28/02/13	17/02/2014	19.115.800
2014-6117	21/01/14	8 MESES	17/03/14	16/11/2014	23.410.400
2015-2017	23/01/15	8 MESES	29/01/15	30/01/2016	24.112.000
2016-1427	31/01/16	8 MESES	03/02/16	17/02/2017	24.112.000
2017-3961	24/02/17	10 MESES	27/02/17	15/12/2017	31.350.000
2018-1604	07/01/18	10 MESES	18/01/18	30/03/2019	35.970.000
2019-6154	27/03/19	9 MESES	29/04/19	01/04/2020	33.345.000

En los citados certificados se describe el objeto social en los siguientes términos:

CONTRATOS	OBJETO
2011-4101	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO AUXILIAR PEDAGÓGICO-A PARA APOYAR LOS PROCESOS TENDIENTES A GARANTIZAR EL DESARROLLO INTEGRAL Y EL EJERCICIO PLENO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS DE 3 MESES A MENORES DE 6 AÑOS DE EDAD EN LOS JARDINES INFANTILES DE LA LOCALIDAD KENNEDY, EN EL MARCO DEL PROYECTO 497”
2012-1115	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO AUXILIAR PEDAGÓGICO-A PARA APOYAR LOS PROCESOS TENDIENTES A LA IMPLEMENTACION DE LOS LINEAMIENTOS PEDAGOGICOS Y CURRICULARES DE LA EDUCACION INICIAL EN LOS JARDINES INFANTILES DE LA SDIS EN LA SUBDIRECCION LOCAL PARA LA INTEGRACION SOCIAL KENNEDY, EN EL MARCO DEL PROCESO DE ATENCION INTEGRAL A LA PRIMERA INFANCIA.”
2013-2731	“PRESTAR LOS SERVICIOS DE MAESTRA PROFESIONAL PARA LA IMPLEMENTACION DE LOS LINEAMIENTOS PEDAGOGICOS Y CURRICULARES DE LA EDUCACION INICIAL EN LOS JARDINES INFANTILES DE LA SDIS EN LA SUBDIRECCION LOCAL PARA LA INTEGRACION SOCIAL DE KENNEDY, EN EL MARCO DEL PROCESO DE ATENCION INTEGRAL A LA PRIMERA INFANCIA”.
2014-6117	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO RESPONSABLE DEL JARDÍN INFANTIL QUE LE SEA ASIGNADO PARA LA GARANTÍA DE LA ADECUADA IMPLEMENTACIÓN DE LOS LINEAMIENTOS Y ESTÁNDARES TÉCNICOS PARA LA EDUCACIÓN INICIAL EN BOGOTÁ”
2015-2017 2016-1427	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO RESPONSABLE DE LA UNIDAD OPERATIVA DE ATENCIÓN INTEGRAL A PRIMERA INFANCIA QUE LE SEA ASIGNADO PARA LA GARANTÍA DE LA ADECUADA IMPLEMENTACIÓN DE LA EDUCACIÓN INICIAL EN BOGOTÁ”.
2017-3961 2018-1604	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO RESPONSABLE DEL JARDÍN INFANTIL DE ATENCIÓN INTEGRAL A PRIMERA INFANCIA QUE LE SEA ASIGNADO DE LA SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.”
2019-6154	“PRESTAR SERVICIOS PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL A LA PRIMERA INFANCIA EN EL JARDIN INFANTIL DIURNO DE LA SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, QUE LE SEA ASIGNADO.”.

5.2.1.8 Carpetas digitales de los contratos prestación de servicios que contienen copia del respectivo contrato con anexos así:

CONTRATO	ANEXOS
2011-4101	Acta de liquidación del contrato de prestación de servicios, suscrita el 18 de mayo de 2012
2012-1115	Copia del contrato de prestación de servicios. Acta de modificación del contrato de prestación de servicio, suscrita el 27 de noviembre de 2012, así: - Prorroga del plazo de ejecución por cincuenta y un (51) días calendario contados a partir del vencimiento del término contractual previsto desde la fecha de suscripción del contrato. - Suspensión del contrato por 20 días calendario del 19 de diciembre de 2012 hasta el 7 de enero de 2013, inclusive. Acta de liquidación del contrato de prestación de servicios suscrita el 3 de octubre de 2013.
2013-2731	Certificado de registro presupuestal
2014-6117	Acta de modificación del contrato de prestación de servicio, suscrita el 4 de noviembre de 2012, así: - Prórroga del plazo de ejecución por 29 días calendario, contados a partir del vencimiento del término contractual previsto desde la fecha de suscripción del acta de inicio.
2015-2017	Acta de Modificación del Contrato de Prestación de Servicios suscrita el 28 de septiembre de 2015, así: - Prorroga el plazo de ejecución por 100 días calendario contados desde el vencimiento del término contractual previsto desde la fecha de suscripción del acta de inicio, sin que en ningún caso se supere el 30 de enero de 2016. - Suspensión del plazo de ejecución por 24 días calendario: del 21 de diciembre de 2015 al 13 de enero de 2016, sin que genere costos adicionales.
2016-1427	Acta de modificación del contrato de prestación de servicio, suscrita el 30 de septiembre de 2016 - Prorroga del plazo de ejecución de 3 meses y 15 días calendario, contados a partir del vencimiento del término contractual previsto desde la fecha de suscripción del acta de inicio. - Suspensión del contrato por el término de 31 días calendario, contados desde el 17 de diciembre de 2016 al 16 de enero de 2017, sin costos adicionales Informes de supervisión del contrato del 2016 y 2017.
2017-3961	Informes de Supervisión del 27 de febrero al 30 de marzo al 30 de septiembre de 2017. Acta de liquidación del contrato de prestación de servicios, suscrita el 31 de agosto de 2018.
2018-1604	Acta de modificación del contrato suscrita el 16 de noviembre de 2018, así: - Prorroga el plazo de ejecución por un 1 mes y 13 días calendario, contados a partir del vencimiento del término contractual previsto desde la fecha de suscripción del contrato. - Suspensión del contrato por 1 mes del 15 de diciembre de 2018 al 14 de enero de 2019, inclusive ambas fechas. Acta de modificación del contrato de prestación de servicios, suscrita el 29 de enero de 2019, así:

	- Prorroga el plazo de ejecución por 2 meses a partir del vencimiento del término contractual previsto a la suscripción del contrato, y en las modificaciones Solicitud de contratación Certificado de disponibilidad presupuestal Estudio previo del proceso de adquisiciones y contratación Evaluación de propuesta para la prestación de servicios personales. Acta de inicio de 18 de enero de 2018 Informes de ejecución de contrato de prestación de servicios
2019-6154	Certificados de disponibilidad presupuestal Solicitud de contratación Estudios previos para el proceso de contratación y adquisiciones. Hoja de vida de la actora en formato oficial Declaración juramentada de bienes y rentas en formato oficial. Titulo de Bachiller Académico otorgado por la Escuela Normal Superior José Manrique Gómez a Luz Omaira Galvis Berrío, el 2 de diciembre de 2001. Acta de grado de 21 de abril de 2012 por medio de la cual la Universidad del Tolima le entregó a Luz Omaira Galvis Berrio el título de Licenciado en Educación Básica con Énfasis en Educación Artística. Verificación de idoneidad y experiencia.

5.2.2 Testimoniales.

5.1.2.1 Grabación de las declaraciones de las señoras LISSET MARCELA ÁLVAREZ MACÍAS y CLAUDIA MILENA ÁVILA ZORRO, que recepcionó el Juzgado en audiencia del 14 de marzo de 2022 y Acta contentiva de dicha diligencia.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo 12 de octubre de 2021, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora LUZ OMAIRA GALVIS BERRÍO tiene derecho a que se le reconozca la existencia de un relación laboral desde el 10 de enero de 2012 y el 1º de abril de 2020, tiempo en el que se afirma estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en la Secretaría Distrital de Integración Social, y en consecuencia, si tiene o no derecho al pago de los emolumentos y prestaciones sociales que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral, así como a la devolución de la cuota parte que la entidad demandada no

trasladó al fondo de pensiones y empresa prestadora de servicios.

5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”*, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“Artículo 2. *Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”¹. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 *“por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”*, contempla:

“Artículo 1°.- *El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.*

¹ La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

Artículo 2°.- Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.

Artículo 3°.- Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

Artículo 4°.- Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes

Artículo 5°.- Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.

Artículo 7°.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de

Derecho, consagró en su artículo 53² la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II *ibídem*, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en 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. 125.- 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 (...)”

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, en el numeral 3° del artículo 32, determinó:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”³

² ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;

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

³ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

***a.** La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

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

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen

inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el 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, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.”(Negrillas del Despacho)

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliquen al país; y
c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presenta: i) una prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia y iii) el salario.

Sobre el particular, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de 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 laborales⁴.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección

⁴ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

segunda⁵ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).

Posteriormente, dicha Corporación Judicial - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios, sostuvo:

“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios

*95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.*

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada».

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcionarial. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente”.

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

“2.3.3.2. Subordinación continuada

*102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye **el elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para*

exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida– ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

*104. i) **El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.*

*105. ii) **El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.*

*106. iii) **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.*

*107. iv) **Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los*

elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral”.

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

“2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.”

Así mismo, en canto a la remuneración, afirmó:

“2.3.3.4. Remuneración

“110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”.

5.4. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

5.4.1. De la solicitud de tacha de testimonios

El apoderado de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonios llevada a cabo el 14 de marzo de 2022, tachó de sospechoso el testimonio de la señora LISSET MARCELA ÁLVAREZ MACÍAS, toda vez que en su declaración manifestó que promovió un proceso de igual naturaleza contra la entidad demandada; por lo tanto, considera que tiene interés en las resultas del litigio, lo que conlleva a que sus declaraciones se vean afectadas de imparcialidad.

Descorrido el traslado de tal solicitud, el apoderado de la parte demandante se opuso a la tacha porque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que el hecho aducido por la contraparte, no es suficiente para configurar la imparcialidad de la testigo.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*.

A su vez, dicha normativa preceptúa que la tacha deberá formularse con la expresión de las razones en que se funda, sin que se especifique si la misma deba hacerse antes, durante o después de la deposición y prevé que dicha solicitud se resolverá en la sentencia de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento Civil⁶, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la

⁶ Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192.

versión respectiva.

En ese sentido, advierte el Despacho que, en efecto, la señora Lisset Marcela Álvarez Macías en su declaración señaló que promovió un proceso en contra de la entidad demandada; sin embargo, dicha circunstancia no le resta mérito probatorio a su declaración, toda vez que su testimonio fue rendido bajo la gravedad de juramento, amén que los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, la versión rendida por la deponente no resulta parcializada ni afecta su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación de la actora con la entidad demandada como compañera de trabajo que conoció de forma directa la manera como esta desarrolló su labor, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que la tacha formulada, es infundada y, en consecuencia, dicha declaración será valorada por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

5.5. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, la señora Luz Omaira Galvis Berrío reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en que prestó sus servicios en la Secretaría Distrital de Integración Social-Jardines Infantiles-

Por su parte, la entidad demandada mediante el Oficio No. S-2020-112036 del 29 de octubre de 2020, le negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que la relación sostenida con la actora obedeció a los contratos de prestación de servicios suscritos y, por lo tanto, no le asiste el derecho a reclamar dichas prestaciones.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si en el caso que nos ocupa, se configuran los elementos estructurales de una relación laboral, como lo son: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** el salario como retribución del servicio. **iii)** y la subordinación o dependencia

i) Prestación personal del servicio.

Sobre el particular, cabe resaltar que de las certificaciones expedidas el 16 de julio de 2019, el 17 de junio de 2020 y el 4 de marzo de 2021, por la Subdirectora de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social, quedó plenamente demostrado que la demandante prestó sus servicios a dicha Secretaría, que al armonizarla con la información que reposa en las carpetas contractuales digitales aportadas al plenario, permite establecer los tiempos contractuales como se observa en la siguiente tabla:

CONTRATO	INICIO	SUSPENSIÓN	TERMINACIÓN
2011-4101	10/01/2012	-	09/03/2012
2012-1115	12/03/2012	19/12/2012 AL 7/01/2013	20/02/2013
2013-2731	28/02/2013	-	17/02/2014
2014-6117	17/03/2014	-	16/11/2014
2015-2017	29/01/15	21/12/2015 AL 13/01/2016	30/01/2016
2016-1427	03/02/16	17/12/2016 AL 16/01/2017	17/02/2017
2017-3961	27/02/17	-	15/12/2017
2018-1604	18/01/18	15/12/2018 AL 14/01/2019	30/03/2019
2019-6154	29/04/19	-	01/04/2020

En este sentido, se encuentra demostrado que la prestación personal del servicio transcurrió del 10 de enero 2012 al 1° de abril de 2020, que según su objeto contractual, el servicio prestado se ejecutaba dentro del marco de la atención integral a la primera infancia, como se relaciona a continuación:

CONTRATOS	OBJETO
2011-4101	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO AUXILIAR PEDAGÓGICO-A PARA APOYAR LOS PROCESOS TENDIENTES A GARANTIZAR EL DESARROLLO INTEGRAL Y EL EJERCICIO PLENO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS DE 3 MESES A MENORES DE 6 AÑOS DE EDAD EN LOS JARDINES INFANTILES DE LA LOCALIDAD KENNEDY, EN EL MARCO DEL PROYECTO 497”
2012-1115	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO AUXILIAR PEDAGÓGICO-A PARA APOYAR LOS PROCESOS TENDIENTES A LA IMPLEMENTACION DE LOS LINEAMIENTOS PEDAGOGICOS Y CURRICULARES DE LA EDUCACION INICIAL EN LOS JARDINES INFANTILES DE LA SDIS EN LA SUBDIRECCION LOCAL PARA LA INTEGRACION SOCIAL KENNEDY, EN EL MARCO DEL PROCESO DE ATENCION INTEGRAL A LA PRIMERA INFANCIA.”
2013-2731	“PRESTAR LOS SERVICIOS DE MAESTRA PROFESIONAL PARA LA IMPLEMENTACION DE LOS LINEAMIENTOS PEDAGOGICOS Y CURRICULARES DE LA EDUCACION INICIAL EN LOS JARDINES INFANTILES DE LA SDIS EN LA SUBDIRECCION LOCAL PARA LA

	INTEGRACION SOCIAL DE KENNEDY, EN EL MARCO DEL PROCESO DE ATENCION INTEGRAL A LA PRIMERA INFANCIA”.
2014-6117	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO RESPONSABLE DEL JARDÍN INFANTIL QUE LE SEA ASIGNADO PARA LA GARANTÍA DE LA ADECUADA IMPLEMENTACIÓN DE LOS LINEAMIENTOS Y ESTÁNDARES TÉCNICOS PARA LA EDUCACIÓN INICIAL EN BOGOTÁ”
2015-2017 2016-1427	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO RESPONSABLE DE LA UNIDAD OPERATIVA DE ATENCIÓN INTEGRAL A PRIMERA INFANCIA QUE LE SEA ASIGNADO PARA LA GARANTÍA DE LA ADECUADA IMPLEMENTACIÓN DE LA EDUCACIÓN INICIAL EN BOGOTÁ”.
2017-3961 2018-1604	“PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO RESPONSABLE DEL JARDÍN INFANTIL DE ATENCIÓN INTEGRAL A PRIMERA INFANCIA QUE LE SEA ASIGNADO DE LA SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.”
2019-6154	““PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES COMO RESPONSABLE DEL JARDÍN INFANTIL DE ATENCIÓN INTEGRAL A PRIMERA INFANCIA QUE LE SEA ASIGNADO DE LA SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.”

Así las cosas, se encuentra demostrado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se señaló en los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión parcial o total de los derechos u obligaciones emanados de los mismos sin contar con la autorización previa y escrita de la entidad.

ii) Remuneración por el trabajo cumplido.

Sobre el particular, advierte el Despacho que, en cada uno de los contratos de prestación de servicios, suscritos entre la señora Luz Omaira Galvis Berrío y la Secretaría Distrital de Integración Social, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, previo visto bueno por parte del supervisor del contrato.

En estos términos, el Despacho estima probado que el elemento de la remuneración, máxime cuando uno de los argumentos de la entidad, durante su defensa, ha sido que no quedaron pagos pendientes de realizar con ocasión de la ejecución de los aludidos contratos de prestación de servicios.

iii) Subordinación o dependencia.

Se afirma que la actora ejecutaba el objeto de la Secretaría Distrital de Integración Social, establecido por medio del Decreto Distrital 607 de 2007, esto es, prestar servicios sociales a la población vulnerable, bajo subordinación o dependencia, a lo cual se opuso la Secretaría, en cuanto que estimó no probada el elemento de la subordinación, esencial de la relación laboral.

Al respecto, el Decreto Distrital 607 de 2007 señala que la Secretaría Distrital de Integral Social tiene como su misión prestar servicios sociales básicos a la población vulnerable, en los siguientes términos:

“Artículo 1°. Objeto. La secretaría distrital de integración social, tiene por objeto orientar y liderar la formulación y el desarrollo de políticas de promoción, prevención, protección, restablecimiento y garantía de los derechos de los distintos grupos poblacionales, familias y comunidades, con especial énfasis en la prestación de servicios sociales básicos para quienes enfrentan una mayor situación de pobreza y vulnerabilidad. Así como, prestar servicios sociales básicos de atención a aquellos grupos poblacionales que además de sus condiciones de pobreza se encuentran en riesgo social, vulneración manifiesta o en situación de exclusión social.

Artículo 2°. Funciones. La Secretaría Distrital de Integración Social, tendrá las siguientes funciones básicas:

- a) Formular, orientar y desarrollar políticas sociales, en coordinación con otros sectores, organismos o entidades, para los distintos grupos poblacionales, familias y comunidades, en especial de aquellos en mayor situación de pobreza y vulnerabilidad y promover estrategias que permitan el desarrollo de sus capacidades.*
- b) Dirigir la ejecución de planes, programas y proyectos de restablecimiento, prevención, protección y promoción de derechos de las personas, familias y comunidades, en especial aquellas de mayor situación de pobreza y vulnerabilidad.*
- c) Establecer objetivos y estrategias de corto, mediano y largo plazo, para asegurar la prestación de servicios básicos de bienestar social y familiar a la población objeto.*
- d) Desarrollar políticas y programas para la rehabilitación de las poblaciones vulnerables en especial habitantes de la calle y su inclusión a la vida productiva de la ciudad.*
- e) Ejercer las funciones de certificación, registro y control asignadas al Departamento Administrativo Bienestar Social en las disposiciones vigentes y las que le sean asignadas en virtud de normas nacionales o distritales”.*

Asimismo, dicho Decreto estableció una estructura organizacional para el cumplimiento del objeto de la citada Secretaría, la cual contiene una “DIRECCIÓN POBLACIONAL”, conformada, entre otras dependencias, por

la Subdirección para la Infancia, cuyas funciones se encuentran descritas en el artículo 22, a cuyo tenor literal:

“Artículo 22°. Subdirección para la Infancia. Son funciones de la Subdirección para la Infancia de la Secretaría Distrital de Integración Social, las siguientes:

a) Brindar a la Dirección Poblacional mecanismos para la planeación, diseño, ejecución, supervisión, control, evaluación y sistematización de las estrategias, programas, proyectos y servicios que se prestan directamente o a través de convenios o contratos con organizaciones públicas o privadas al grupo de población de niños/as sujetos de atención, de conformidad con la misión de la entidad.

b) Apoyar a la Dirección Poblacional en la planificación de los insumos y recursos requeridos para la correcta ejecución de los planes, programas, proyectos y servicios dirigidos a la niñez en vulnerabilidad en el Distrito Capital.

c) Apoyara la Dirección Poblacional, en coordinación con la Dirección de Análisis y Diseño Estratégico, la Dirección Territorial y las demás Subdirecciones, en la realización de estudios, análisis e investigaciones sobre promoción, prevención, protección integral y restitución de derechos para orientar la formulación de políticas planes, programas y proyectos que respondan a las condiciones, necesidades y características de los niños y niñas en situación de vulnerabilidad en el Distrito Capital.

*d) **Establecer los métodos y procedimientos para verificar y evaluar la operación de los programas, proyectos y servicios de su área, en el marco de los lineamientos políticos, enfoques, estrategias, procesos y procedimientos definidos por la Entidad para la atención de el-los grupos poblacionales a su cargo.***

e) Apoyar al Despacho de la Secretaria en la definición de la filosofía, fines, misión y visión de la Entidad y en la definición y adopción de las políticas, estrategias, planes y programas que deba adoptar la entidad.” (negrillas a propósito).

Se desprende de las normas transcritas que, en materia de infancia, a la Dirección Poblacional de la Secretaría Distrital de Integración Social le corresponde ejecutar las estrategias, planes, programas y proyectos dirigidos a los niños que forman parte la población vulnerable del Distrito Capital.

Ahora bien, al revisar los objetos contractuales, arriba transcrito, se aprecia que en su calidad de la actora garantizaba la ejecución estrategias, planes, programas y proyectos para la atención de la niñez,

pues el objeto de los contratos 2011-1401, 2012-1115 y 2013-2731, desarrollados entre el 10 de enero de 2012 y el 17 febrero de 2014, consistía en desempeñarse como auxiliar pedagógico o maestra en los jardines infantiles de la Secretaría de Integración Social, mientras el objeto de los contratos 2014-6117, 2015-2017, 2016-1427, 2017-3961, 2018-1604 y 2019-6154, ejecutados entre el 17 de marzo de 2014 y el 1º de abril de 2020, era la Coordinadora responsable del jardín infantil de la localidad que le fuera asignada.

Por tanto, el hecho que la actora prestara sus servicios en jardines infantiles en los que se ejecutaban los servicios sociales del Distrito Capital, constituye un argumento suficiente para estimar que la actora desarrollaba **el objeto misional de la entidad**, pues el Decreto Distrital 607 de 2007, concibió la entidad prestar servicios a la población infantil, vulnerable por su situación social y económica.

Ahora bien, la testigo Claudia Milena Ávila Zorro expresó que conoció a la accionante entre los años 2014 a 2020, mientras que la declarante Lisset Marcela Álvarez Macías señaló que la conoció entre marzo de 2017 a febrero de 2019, lapsos durante los cuales las deponentes declararon que la demandante fungió como Coordinadora del Jardín Infantil, y ellas – las declarantes - se desempeñaron como contratistas auxiliares de pedagogía y, en ese sentido, no la conocieron ejerciendo su labor pedagógica o de maestra, entre el 10 de enero de 2012 y el 17 febrero de 2014.

No obstante, las pruebas documentales indican que en la planta de personal de la Secretaría Distrital de Integración Social existe un cargo denominado **Instructor Código 313 Grado 09** de la Dirección Territorial – Subdirecciones Locales para la Integración Social – Unidades Operativas para la Primera Infancia o Jardines, cuyo manual de funciones, contenido en las Resoluciones Nos. 629 del 26 de junio de 2007 y 1387 del 10 de octubre de 2016, indica que tiene propósitos y funciones similares a las de auxiliar pedagógico o maestra que desempeñó la actora durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios 2011-1401, 2012-

1115, 2013-2731, entre el 10 de enero de 2012 y el 17 febrero de 2014.

El aludido empleo de Instructor se encontraba provisto legal y reglamentariamente, como lo demuestra el hecho de que la Subdirectora de Gestión y Desarrollo del Talento Humano de la Secretaría Distrital de Integración Social, certificara el vínculo de una persona como Instructora Código 313, Grado 05, entre el 2 de febrero de 2009 y el 31 de julio de 2011.

Con base en esta documental, se puede afirmar que la actora tenía que ejecutar los contratos como auxiliar de pedagogía en igualdad de condiciones del personal de planta, circunstancia que constituye indicio de la subordinación, a lo cual se suma que la demandante tenía cumplir con los lineamientos de los “ESTÁNDARES TÉCNICOS PARA LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN INICIAL”, establecidos por la Secretaría Distrital de Integración Social, para quienes desempeñaban las labores pedagógicas en las unidades operativas o Jardines Infantiles de la entidad, con lo que se desvirtúa que la demandante, entre el 10 de enero de 2012 y el 17 febrero de 2014, ejerciera su actividad contractual, como docente de niños, con autonomía e independencia.

En ese sentido, el Despacho considera que resulta aplicable, *mutatis mutandis*, la postura jurisprudencial del Consejo de Estado frente a los educadores en general, que viene de vieja data, y que se reiteró en la sentencia unificación del 25 de agosto de 2016⁷ en los siguientes términos:

“(…)

La Corte Constitucional, en las consideraciones del citado fallo, sostuvo además que la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de conformidad con “Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” C.P. Carmelo Pérdomo Cueter, Sentencia CE-SUJ2-005-16 de 25 de agosto de 2016, radicado 23001 23 33 000 2013 00260 01 (0088-15)

*Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada⁸ de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que **la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.*** (negrillas del Despacho).

Ahora, en cuanto al periodo en que la demandante se desempeñó como **Coordinadora de Jardín Infantil**, esto es, entre el 17 de marzo de 2014 y el 1º de abril de 2020, tiempo de ejecución de los contratos 2014-6117, 2015-2017, 2016-1427, 2017-3961, 2018-1604 y 2019-6154, las testigos declararon que a la señora Luz Omaira Galvis Berrio le correspondía coordinar al personal docente, como el de cocina, aseo y vigilancia en el horario de 7 a.m. a 5 p.m., horario que coincide con el establecido para el personal de los Jardines Infantiles por la Secretaría Distrital de Integración Social, mediante la Resolución 594 del 28 de marzo de 2016⁹.

Al respecto, las declarantes señalaron que en la planta de personal de la entidad existía el cargo de **Coordinador de Jardín Infantil**, pues trabajaron no sólo en el Jardín Infantil bajo responsabilidad de la demandante, sino en otros en los cuales la Coordinación del Jardín Infantil la realizaba personal de planta.

Adicionalmente, se observa que las declarantes señalaron que la demandante ejecutaba bajo subordinación los contratos de prestación de servicios, que tenían como objeto la Coordinación del Jardín Infantil, por las siguientes razones: (i) la actora no podía cumplir las actividades desde

⁸ Al respecto véanse las sentencias de (i) 30 de octubre de 2003 de la subsección B, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, número interno 2460-2003, actora: Sonia Stella Prada Cáceres, (ii) 30 de marzo de 2006 de la subsección B, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente 52001-23-31-000-1999-01215-02 (4669-04), demandante: María Carmela Guerrero Benavides, (iii) 14 de agosto de 2008 de la subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 68001-23-15-000-2002-00903-01 (0157-08), (iv) 1º de octubre de 2009 de la subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, expediente 0488-2009, actor: Liliana Esmeralda Jaimes Jaimes, (v) 4 de noviembre de 2010 de la subsección A, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 0761-2010, actor: Marisel Bohórquez Sarmiento, (vi) 16 de febrero de 2012 de la subsección B, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente 1961-11, actor: María Edilma Barrera Reyes, y (vii) 24 de octubre de 2012 de la subsección A, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, expediente 68001-23-31-000-2003-02568-01(1201-12), actor: Héctor Alfonso Cáceres Gómez.

⁹ “Por la cual se establece el horario y turnos de trabajo de los servidores/as de la Secretaría Distrital de Integración Social”

la casa sino que tenía que estar en el Jardín Infantil, (ii) prestaba el servicio con elementos de uso controlado como el computador provistos por la entidad, (iii) debía solicitar permisos para ausentarse, (iv) tenía que asistir obligatoriamente a reuniones de fortalecimiento, (v) estaba bajo la supervisión ocasional y mensual del Referente de la Infancia o el Subdirector Local, que eran servidores públicos, (vi) velaba porque se cumplieran los lineamientos y estándares técnicos en educación de la infancia y que los documentos del Jardín Infantil estuviesen al día.

Tales circunstancias, a criterio de esta instancia, constituyen prueba de la subordinación, pues revelan que la actora no podía disponer a su discreción de la forma como se desarrollaban las actividades docentes y administrativas en el Jardín Infantil asignado, sino bajo las instrucciones, órdenes y protocolos establecidos por la entidad, o mediante visitas periódicas en las cuales se verificaba que la accionante estuviera cumpliendo con los programas pedagógicos y de alimentación destinados a los niños de escasos recursos; aunado a ello, a fin de garantizar la ejecución eficaz y eficiente de la actividad contractual, debía asistir a reuniones para coordinar con la entidad el desarrollo de los programas mediante los cuales la entidad definió el curso de las acciones en la unidad operativa a ella asignada y por ende, debía informar de las ausencias al respectivo supervisor a fin de garantizar la operación del centro infantil.

En consecuencia, las actividades de dirección y vigilancia que ejercía la administración a través del respectivo Supervisor, impedían que la contratista actuara con la autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico, lo que equivale a decir que la Coordinación del Jardín Infantil que le era asignado, la hacía bajo subordinación y dependencia.

Así las cosas, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “*la primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleos de **Instructor Código 313 Grado 09** de la Dirección Territorial –

Subdirecciones Locales para la Integración Social – Unidades Operativas para la Primera Infancia o Jardines y como Coordinadora de Jardines Infantiles, cargo que pertenece a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la Secretaría de Integración Social y la señora LUZ OMAIRA GALVIS BERRÍO, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que haya lugar, debidamente indexadas como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir **que no por el hecho de que se tipifique la relación laboral la hoy demandante adquiera la calidad de empleada pública**, pues como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, para ostentar dicha calidad, es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución Política, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, así como que se cumplan los requisitos de ley, como son el nombramiento y la posesión y, pese, a que el empleo desempeñado por la actora hace parte de la planta de personal de la Secretaría Distrital de Integración Social, no se reúnen a satisfacción los demás requisitos.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contenciosos Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, mediante la sentencia proferida el 21 de julio de 2016, dentro del proceso No. 25000-2325-000-2010-00373-01, señaló:

“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado

el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos¹⁰, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión¹¹.

Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.

5.6. Del restablecimiento del derecho.

En este punto, se observa que las pretensiones de la demanda persiguen reconocimientos de emolumentos laborales, y devoluciones por pagos efectuados como contratista, frente a los cuales el Juzgado se pronunciará en los siguientes términos:

5.6.1 Emolumentos laborales. La actora solicita con la demanda que se le reconozcan los emolumentos que devenga el personal de planta, específicamente, pretende los siguientes: (i) los salarios, (ii) el reconocimiento de prestaciones sociales tales como primas, y la compensación de vacaciones en dinero, y (iii) la devolución de los aportes a la seguridad social en pensiones y salud.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

5.6.1.1 El salario. La jurisprudencia del Consejo de Estado tiene establecido que el restablecimiento del derecho no opera frente al salario, porque la existencia de la relación laboral no otorga la condición de empleado público, por lo cual el salario corresponde a los honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, que como se ha visto, se pagaron durante la ejecución laboral.

Así las cosas, no hay lugar al reconocimiento del salario del empleado de planta y, por ende, no se reconocerán las diferencias salariales entre la remuneración pactada en los contratos y el salario del empleado público que desempeña iguales funciones a las establecidas en los contratos celebrados con la demandante.

5.6.1.2 Las prestaciones sociales. En esta dirección, el Consejo de Estado ha señalado que el restablecimiento del derecho se contrae a reconocer las prestaciones sociales devengadas por un empleado de planta en el cargo equivalente a las funciones desempeñadas o contratadas, las que se liquidarán con base en los honorarios pactados en los sucesivos contratos de prestación de servicios. Al respecto, precisó que las prestaciones sociales que son objeto de reconocimiento en este tipo de asuntos, **son las ordinarias o comunes**, las que clasifica en las que corresponden al empleador y a la seguridad social, en los siguientes términos¹²:

“(…)

Ahora, frente a cuáles son las prestaciones sociales susceptibles de ser reconocidas, esta Subsección, en providencia del 21 de junio de 2018 sobre un asunto fáctico y jurídico similar, dispuso que estas son¹³:

- *Las prestaciones sociales ordinarias o comunes que perciben los empleados públicos de la entidad demandada, las cuales se encuentra a cargo directamente del empleador, como son las primas o las cesantías, entre otras, y;*

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15)

¹³ Ídem.

- *Las prestaciones sociales a cargo del sistema general de seguridad social como los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que se encuentran a cargo directamente del empleador; y a salud y pensiones que son compartidas entre el empleador y el trabajador.”*

Ahora bien, por **prestaciones sociales ordinarias o comunes**, la jurisprudencia se ha referido a las prestaciones sociales a cargo del empleador en términos generales, pues ha indicado que están constituidas por todas aquellas de carácter legal como las primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías que devengan el empleado del cargo equivalente al desempeñado por el contratista, **las cuales le corresponde determinar a la entidad al hacer la correspondiente liquidación**, según el siguiente aparte jurisprudencial:¹⁴.

“(…)

*Frente al reconocimiento de otras prestaciones sociales, cabe destacar que esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2016¹⁵, precisó que «con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, [...] acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral. **Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización**». Asimismo, en providencia de 6 de octubre siguiente¹⁶, aclaró que «el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que no es posible reconocer prestaciones sociales de carácter extralegal que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando el accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas».*

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del 28 de octubre de 2021. Ra. 25000-23-42-000-2015-04331-01(0238-18),

¹⁵ Expediente 810012333000201200020-01 (316-2014).

¹⁶ Expediente 660012333000201300091 01(0237-2014).

*En virtud del derrotero jurisprudencial expuesto, al actor le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un empleado de planta del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) con iguales o similares funciones a las que él desempeñaba, tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, **mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que él carece.***

En ese sentido, le corresponderá al ente accionado al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales que serán objeto de liquidación a favor del actor. (negritas a propósito).

Así mismo, dicha Corporación Judicial se ha referido en forma concreta a las siguientes prestaciones:

(i) vacaciones

En sentencia del 19 de abril de 2018, dentro del expediente No. 81001-23-33-3000-2013-00096-01, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, se señaló que las vacaciones son un descanso remunerado que, por no haber sido disfrutado, se tienen que compensar en dinero, así:

“(…)

Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato realidad-, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios-, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978, que dispone:

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, 4.] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo»

*Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, **corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria**, pero como quiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005.*

Sin embargo, el pago de la compensación por el descanso no disfrutó la accionante solo comprenderá lo causado a partir del 24 de enero de 2010, en atención al fenecimiento de la oportunidad para reclamarlo...” (Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, en la sentencia de 30 de septiembre de 2021, dicha corporación judicial se expresó¹⁷ en los siguientes términos:

“(...)”

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados¹⁸, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978¹⁹, que dispone:

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del 30 de septiembre de 2021. Rad. 20001-23-39-000-2015-00300-02(6249-19)

¹⁸ De conformidad con el Decreto 3135 de 1968, «**por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales**», artículo 8°, «Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por los reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosos [...]».

¹⁹ Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República mediante ley 51 de 1978, «[...] por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional».

Artículo 20º.- De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;

b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016²⁰, la sección segunda de esta Corporación determinó, entre otras reglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, «[...] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero esa garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005²¹.

Bajo dichos pronunciamientos Jurisprudenciales es claro el derecho que le asiste a la demandante de la compensación en dinero de las vacaciones, en razón a que constituye una prestación social, de conformidad con el principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.

5.6.2. Prestaciones sociales de la seguridad social.

Respecto de las prestaciones de la seguridad social, únicamente se ordena

²⁰ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

²¹ «Artículo 1º. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado».

realizar las cotizaciones para pensión. En efecto, la misma sentencia de Unificación que se viene de leer, sobre los aportes no efectuados por la parte contratante al fondo de pensiones, dispuso:

“(…)

De igual manera la entidad demandada deberá a título de restablecimiento del derecho tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Manco Quiroz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por último, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra deberá pagar o completar según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora”.

En consecuencia, la entidad demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones de la actora la suma faltante por concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, con fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados y así se ordenará en la parte resolutive de la presente providencia

5.6.3 Devoluciones por pagos como contratista.

5.6.3.1 Devolución de aportes a la seguridad social (pensión, salud y riesgos profesionales).

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por la contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, por cuanto no existe una disposición de orden legal que señale expresamente un término que extinga la posibilidad de reclamarlos en cualquier tiempo, de conformidad con lo dispuesto por el

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, al indicar: *“Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista”*.

Sin embargo, en la aludida sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2021, aclarada el 11 de noviembre del mismo año, se dispuso la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el Contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

“(…)

3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos

regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal**” (Negrilla del texto original y subrayado del despacho).

Y más adelante, indicó:

“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».137 Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal» (Negrillas del texto original).

En ese sentido, esta Juzgadora varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que **es improcedente el reembolso de los aportes a salud que la contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.**

Ahora bien, en sentencia del 17 de junio de 2021, el Consejo de Estado señaló que los aportes a **pensión, salud y riesgos profesionales** no

constituyen créditos a favor del demandante, pues pertenecen al Sistema en cuanto se causan conforme a la ley, en los siguientes términos:

“(…)

*En lo referente a **la devolución de los aportes efectuados por el demandante a pensión, salud y riesgos profesionales**, lo cierto es que, en criterio de la sala mayoritaria²², esos recursos del sistema integral de seguridad social son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos **y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado**. En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por los mencionados conceptos.”.*
(negritas del Despacho)

Por lo anterior, no procede ordenar la devolución de los aportes a pensión, salud y riesgos profesionales que efectuó la demandante en su calidad de contratista de la entidad demandada, como quiera que éstos fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social al existir una obligación legal de realizar dicha contribución, los cuales por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal no admiten otro tipo de destinación que el sostenimiento mismo del sistema.

5.7 De la prescripción.

En este acápite se estudiará el fenómeno de la prescripción, propuesto por la entidad demandada, precisando que este Despacho en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, había adoptado el precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01, según la cual “... **aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un**

²² Del cual en pronunciamientos anteriores se ha apartado el suscrito ponente, porque la devolución del porcentaje de cotizaciones al sistema integral de seguridad social en salud y pensiones hace parte del restablecimiento del derecho del demandante (lo que estará sujeto al fenómeno prescriptivo), y una decisión en contrario podría constituir un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad estatal demandada. De igual manera, una cosa es que las entidades completen al sistema los aportes correspondientes a pensión (que comporta un derecho imprescriptible), como se dejó sentado en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, y otra, la devolución de lo que el demandante tuvo que sufragar respecto del porcentaje que correspondía a su empleador, que, se insiste, integra su restablecimiento del derecho.

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”, y en ese sentido, daba aplicación, a lo dispuesto por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013- 00689-01(3300-14), que dispuso que “... *la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive*”.

Ahora bien, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021²³**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143- 01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre del mismo año, respecto al fenómeno prescriptivo, dispuso:

“(...

3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad.

137. *Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.*

138. *Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la*

²³ Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. **Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.**

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

(...)

Y más adelante, agregó:

“3.2.1. Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse

cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

[...] 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.

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

[...] 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**. (Negrillas del texto)

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se reitera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de

servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, **se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.**

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, **no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual.** En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse” (Negrilla del texto original).

Así las cosas, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, para efectos de determinar la ocurrencia de la prescripción.

Ahora bien, de conformidad con las certificaciones expedidas por la Subdirectora de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social, del 16 de julio de 2019, el 17 de junio de 2020 y el 4 de marzo de 2021, en el caso que nos ocupa los contratos fueron celebrados así:

CONTRATO	INICIO	SUSPENSIÓN	TERMINACIÓN
2011-4101	10/01/2012	-	09/03/2012
2012-1115	12/03/2012	19/12/2012 AL 7/01/2013	20/02/2013
2013-2731	28/02/2013	-	17/02/2014
2014-6117	17/03/2014	-	16/11/2014
		17/11/2014 al 28/01/15	
2015-2017	29/01/15	21/12/2015 AL 13/01/2016	30/01/2016
2016-1427	03/02/16	17/12/2016 AL 16/01/2017	17/02/2017
2017-3961	27/02/17	-	15/12/2017
2018-1604	18/01/18	15/12/2018 AL 14/01/2019	30/03/2019
2019-6154	29/04/19	-	01/04/2020

Como puede verse, sólo existió una suspensión mayor a treinta (30) días hábiles entre el 17 de noviembre de 2014 y el 28 de enero de enero de 2015, a los que hace alusión la sentencia de unificación citada

anteriormente, de modo tal, que se declarará la prescripción de los emolumentos y prestaciones sociales ordinarias generadas con base en los contratos de prestación de servicios 2011-4101, 2012-1115, 2013-2731 y 2014-6117, celebrados entre el **10 de enero de 2012 y el 16 de noviembre de 2014**, pues frente a estos contratos las obligaciones laborales se hicieron exigibles a partir del 17 de noviembre de 2014, y la petición se presentó el 22 de octubre de 2020, con radicado E2020026725.

Por su parte, en los contratos 2015-2017, 2016-1427, 2017-3961, 2018-1604, 2019-6154, los lapsos de interrupción no superaron los treinta (30) días hábiles a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, de modo tal, que la interrupción de días no desvirtúa la permanencia en el servicio, por lo que se concluye que la demandante prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida desde el **29 de enero de 2015 hasta el 1° de abril de 2020**.

Así las cosas, en consideración a que la demandante presentó reclamación administrativa mediante escrito del 22 de octubre de 2020, y que en los precitados contratos hubo vocación de permanencia en la labor, se concluye que no se configuró fenómeno prescriptivo alguno.

5.7.1. Prescripción de los aportes no efectuados por la contratante al Sistema General de Pensiones.

Respecto de la prescripción de los aportes no efectuados al Sistema General de Pensiones, la sentencia de unificación dispuso:

“Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a 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, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

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

Así las cosas, debido a que se trata de aportes pensionales no están sometidos al fenómeno de la prescripción.

5.8 COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO. - DECLARAR la existencia de la relación laboral entre la señora LUZ OMAIRA GALVIS BERRIO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.068.809, y la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del Oficio S-2020-112036 del 29 de octubre de 2020, a través del cual la Subdirectora de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social, negó a la actora el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que se derivaron de la existencia de la relación laboral.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, **RECONOCER Y**

PAGAR a la señora LUZ OMAIRA GALVIS BERRIO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.068.809, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, que devenga un **Coordinadora o Responsable de Jardín Infantil**, por los contratos 2015-2017, 2016-1427, 2017-3961, 2018-1604, 2019-6154, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos suscritos entre el **29 de enero de 2015 hasta el 1° de abril de 2020**.

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo reconocido en la presente sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

CUARTO.- DECLARAR la prescripción de las prestaciones sociales causadas con base en los contratos de prestación de servicios 2011-4101, 2012-1115, 2013-2731 y 2014-6117, ente el 10 de enero de 2012 y el 16 de noviembre de 2014.

QUINTO.- ORDENAR a la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL a:

i) **PAGAR** a la señora LUZ OMAIRA GALVIS BERRIO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.068.809, los valores que canceló por concepto de aportes para **pensión** en virtud de los contratos de prestación de servicios, según los porcentajes fijados por Ley al empleador, durante el

tiempo comprendido **entre el 10 de enero de 2012 y el 1° de abril de 2020, salvo sus interrupciones o suspensiones.**

ii) En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por la actora y los que se debieron efectuar **COTIZAR** la suma faltante por concepto de aportes solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó a los mencionados sistemas, durante los aludidos vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

iii) **ACTUALIZAR** tales sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a los conceptos de pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente

SEXTO.- Sin costas a cargo de la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.

SEPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

NOVENO.- Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

DÉCIMO.- La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

UNDÉCIMO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora, excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y Cúmplase,


GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 009, de hoy 13 de mayo de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-**2017-00332**-00
Demandante: **MARÍA ÁNGELA DAZA BRITO**
Demandada: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR
E.S.E. – HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL
Asunto: SENTENCIA

La señora **MARÍA ÁNGELA DAZA BRITO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 56.075.303 de San Juan del César, Guajira, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. – HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES Y HECHOS.

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 19 de noviembre de 2018, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte demandante, estima desconocidas las siguientes normas:

2.1. Constitucionales: Artículos 1, 2, 13, 25, 53, 83, 90, 122, 125 y 209.

2.2. Legales: Ley 52 de 1975, Ley 79 de 1988, Ley 80 de 1993, Ley 100 de 1993, Ley 454 de 1998, Decreto Ley 2400 de 1968, Decreto 3135 de

1968, Decreto 3148 de 1968, Decreto 1048 de 1969, Decreto 1045 de 1978, Decreto 1942 de 1978, Decreto 174 de 1975, Decreto 230 de 1975 y Decreto 4588 de 2006.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Sobre el particular, sostuvo que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., pretende desconocer la relación laboral que existió con la señora MARÍA ANGELA DAZA BRITO, sin ninguna justificación, a pesar de que se constituyeron los elementos de un contrato realidad durante todo el tiempo que la demandante trabajó como Auxiliar Administrativa y/o Auxiliar de Información en Salud.

Argumentó que existió falsa motivación del acto demandado Oficio OJU-E-781-2017 de 21 de abril de 2017, puesto que en éste se afirmó que la demandante no recibió ningún tipo de órdenes y que por ello se respetó su autonomía y criterio, cuando en realidad realizó labores de Auxiliar Administrativo de Atención al Usuario, por sí sola, cumplió estrictamente el horario que se le fijó, recibió órdenes de sus superiores, cumplió el reglamento interno de trabajo, todo bajo total y completa subordinación durante toda la relación laboral entre el 30 de agosto de 2013 y el 31 de diciembre de 2016.

Adujo que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, viola los derechos de los trabajadores en la medida en que utiliza la modalidad de contratos de prestación de servicios para vincular de manera irregular a los servidores públicos.

Destacó el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales e indicó que las labores realizadas por la demandante no fueron de carácter temporal esporádico o transitorio, tampoco fue requerida por sus conocimientos especializados y las labores realizadas son las propias del objeto social de la entidad en donde prestó sus servicios.

III. CONTESTACIÓN.

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **18 de mayo de 2018**, presentó contestación a la demanda de manera extemporánea, atendiendo a que el término para presentar la misma venció el día 21 de febrero de 2018.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

4.1. Ministerio Público

La señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

En atención a que la entidad demandada presentó de manera extemporánea su contestación no se cuenta con excepciones para resolver.

De otro lado, se precisa que se estudiará de oficio la excepción de **prescripción**, la cual será resuelta en acápite posterior de esta providencia.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Documentales.

5.2.1.1. Petición elevada por la actora el 24 de marzo de 2017, por medio

de la cual le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la relación de carácter laboral desde el 30 de agosto de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016 y el pago de las acreencias laborales a las que alude le asiste derecho.

5.2.1.2. Oficio No. OJU E-781-2017 del 21 de abril de 2017, a través del cual la doctora Gloria Emperatriz Barrero Carretero, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, negó lo solicitado por la accionante.

5.2.1.3. Certificación expedida por la Profesional Especializada del Área de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E el 2 de febrero de 2017, mediante la cual se relacionaron las fechas de ejecución de los contratos de prestación de servicios, desde el 05 de agosto de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016.

5.2.1.4. Reporte de semanas cotizadas a Colpensiones por la demandante.

5.2.1.5. Oficio No. 20173300032071 del 13 de septiembre de 2017, mediante el cual el Director Operativo de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Centro Oriente E.S.E. da respuesta a derecho de petición en el cual indica que en la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente existen los cargos de Auxiliar Administrativo y Auxiliar de Enfermería.

5.2.1.6. Certificación expedida por el Director Operativo de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. del 8 de septiembre de 2017, en la que constan los factores salariales y prestaciones que corresponde al cargo de planta de una Auxiliar de Enfermería Código 412 Grado 17.

5.2.1.7. Certificación expedida por el Director Operativo de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. del 8 de septiembre de 2017, en la que constan los factores salariales y prestaciones que corresponde al cargo de planta de una

Auxiliar de Administrativo Código 407 Grado 08.

5.2.1.8. Oficio No. 201703510148201 del 12 de septiembre de 2017, mediante el cual la Jefe de la Oficina Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. da respuesta a derecho de petición en el cual indica que en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur existe el cargo de Auxiliar Administrativo y se allega certificación en la que consta la asignación básica de un Auxiliar Administrativo desde el año 2000 hasta el año 2017.

5.2.1.9. Páginas del Acuerdo No. 13 de 2017 *“por medio del cual se establece el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.”*, relacionadas con el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 10.

5.2.1.10. Páginas del Acuerdo No. 13 de 2017 *“por medio del cual se establece el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.”*, relacionadas con el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 10.

5.2.1.11. Constancia de Conciliación Prejudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 81 Judicial I para Asuntos Administrativos el 27 de julio de 2017, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.2.1.12. Páginas de la Resolución No. 056 del 16 de marzo de 2006 *“Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales del Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E.”*, relacionadas con el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grados 21, 08, 13, 14, 09 y 02.

5.2.1.13. Páginas del Acuerdo 009 de 2015 *“por el cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de Planta de Personal del Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E.”*, relacionadas con el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grados 21, 16, 14, 13, 09, 08 y 02.

5.2.1.14. Actas de reunión y circulares para el personal de

mantenimiento.

5.2.1.15. Contratos de prestación de servicios celebrados entre la actora y la entidad demandada, actas de inicio, adiciones, prórrogas, informes de actividades, planillas y documentos precontractuales.

5.2.1.16. Expediente administrativo de la demandante.

5.2.2. Testimoniales

5.2.2.1. Acta contentiva del testimonio de la señora Diana Paola Peña Sánchez rendido ante este Despacho el 14 de noviembre de 2019 y Documento en formato mp4 de la declaración de la señora Fanny Lucía Rugeles quien rindió testimonio ante este Despacho el día 17 de junio de 2021 y acta en la que se hace constar dicha declaración.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 19 de noviembre de 2018, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora MARÍA ÁNGELA DAZA BRITO tiene o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral desde el 30 de agosto de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016, tiempo en que se afirma estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL, hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E. S. E., y en consecuencia, si tiene o no derecho al pago de salarios y prestaciones que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral, al pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social, así como a la devolución de los dineros pagados por concepto de retención en la fuente e ICA y a las indemnizaciones solicitadas.

5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...*”, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“Artículo 2. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*¹. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “*por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil*”, contempla:

“Artículo 1°.- *El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.*

Artículo 2°.- *Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.*

Artículo 3°.- *Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.*

¹ La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

Artículo 4°.- *Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes*

Artículo 5°- *Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.*

Artículo 7°.- *Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.*

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, establece:

“Artículo 26°.- *Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.*

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

- 1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.*
- 2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:*
 - a. Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema*

de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;

b. Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;

c. Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.²

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

Parágrafo.- Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo³”.

De lo anterior, se colige que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado en los servicios de salud se conforma por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción; no obstante, hace la distinción que los trabajadores oficiales, se encargan de desempeñar cargos no directivos, esto es, los de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53⁴ la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II *ibídem*, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas

² Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-387 de 1996.

³ Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 1995.

⁴ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;

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

en 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. 125. - 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 su parte, en tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados por las Empresas Sociales del Estado, la Ley 100 de 1993, en sus artículos 194 y 195, dispuso:

*“ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las **Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, **sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.***

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...)

*6. **En materia contractual se regirá por el derecho privado**, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública. (...)*” (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, en el numeral 3º del artículo 32, determinó:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

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

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

indispensable.”⁵

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicios: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

***a.** La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la

⁵ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

b. *La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

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

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene

que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el 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, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.” (Negrillas del Despacho).

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto

del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliquen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presenta: i) una prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia y iii) el salario.

Ahora bien, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de 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 laborales⁶.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección

⁶ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

segunda⁷ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).

Posteriormente, dicha Corporación Judicial -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios, sostuvo:

“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios

*95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.*

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de

⁷ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada».

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto comercial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente”.

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

“2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye **el elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para

exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida– ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. **i) El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. **ii) El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. **iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. **iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los

elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral”.

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

“2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.”

Así mismo, en cuanto a la remuneración, afirmó:

“2.3.3.4. Remuneración

“110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”.

5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, la señora MARÍA ÁNGELA DAZA BRITO, reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que

aduce tiene derecho, por el tiempo en el que prestó sus servicios en el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL, ahora Subred Integrada de Servicio de Salud SUR E.S.E.

Por su parte, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la referida Subred, mediante el Oficio No. OJU E-781-2017 del 21 de abril de 2017, negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que el vínculo jurídico sostenido con la actora no generó ninguna relación laboral con la entidad.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si en el caso que nos ocupa, se configuran los elementos estructurales de una relación laboral, como lo son: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** la subordinación o dependencia y **iii)** el salario como retribución del servicio.

i) Prestación personal del servicio.

Sobre el particular, cabe resaltar que de la certificación expedida el 15 de agosto de 2018, por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en la que se relacionan las órdenes o contratos de prestación de servicios celebrados con la actora, obrante a folio 22 del plenario, quedó plenamente demostrado que la actora prestó sus servicios de la siguiente forma:

CONTRATO PRESTACION DE SERVICIOS	PAZO DE EJECUCION		OBJETO	VALOR TOTAL CONTRATO	UNIDAD SERVICIOS DE SALUD	
	DESDE	HASTA				
No. 3897 de 2013	5 de agosto de 2013	30 de agosto de 2013	AUXILIAR ADMINISTRATIVO DE ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 823.333	TUNJUELITO	
No. 4480 de 2013	No. 1288 de 2014	3 de febrero de 2014	28 de febrero de 2014	AUXILIAR ADMINISTRATIVO DE ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 950.000	TUNJUELITO
No. 5195 de 2013	No. 2103 de 2014	3 de marzo de 2014	30 de junio de 2014	AUXILIAR ADMINISTRATIVO DE ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 3.800.000	TUNJUELITO
N° 5944 de 2013	No. 3941 de 2014	1 de julio de 2014	31 de Julio de 2014	AUXILIAR ADMINISTRATIVO DE ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 950.000	TUNJUELITO
No. 6581 de 2013	No. 4655 de 2014	1 de agosto de 2014	30 de agosto de 2014	AUXILIAR ADMINISTRATIVO DE ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 950.000	TUNJUELITO
	No. 5392 de 2014	1 de septiembre de 2014	30 de septiembre de 2014	AUXILIAR ADMINISTRATIVO DE ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 950.000	TUNJUELITO
No. 583 de 2014	No. 6119 de 2014	1 de octubre de 2014	30 de octubre de 2014	AUXILIAR ADMINISTRATIVO DE ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 950.000	TUNJUELITO
	No. 6814 de 2014	4 de noviembre de 2014	30 de Noviembre de 2014	AUXILIAR ADMINISTRATIVO DE ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 950.000	TUNJUELITO
	No. 7553 de 2014	1 de diciembre de 2014	30 de Diciembre de 2014	AUXILIAR ADMINISTRATIVO DE ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 950.000	TUNJUELITO
	No. 565 de 2015	2 de enero de 2015	30 de enero de 2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO DE ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 950.000	TUNJUELITO

No. 1273 de 2015	2 de febrero de 2015	30 de marzo de 2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO DE ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 1.900.000	TUNJUELITO
No. 2038 de 2015	1 de abril de 2015	30 de junio de 2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 3.450.000	TUNJUELITO
No. 2876 de 2015	1 de julio de 2015	30 de Septiembre de 2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 3.450.000	TUNJUELITO
No. 3778 de 2015	1 de octubre de 2015	30 de octubre de 2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 1.150.000	TUNJUELITO
No. 4603 de 2015	3 de noviembre de 2015	30 de noviembre de 2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 1.150.000	TUNJUELITO
No. 5443 de 2015	1 de diciembre de 2015	30 de diciembre de 2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 1.150.000	TUNJUELITO
No. 655 de 2016	4 de enero de 2016	30 de enero de 2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 1.150.000	TUNJUELITO
No. 1089 de 2016	1 de febrero de 2016	30 de abril de 2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 3.450.000	TUNJUELITO
No. 525 de 2016	2 de mayo de 2016	30 de mayo de 2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 1.150.000	TUNJUELITO
No. 867 de 2016	1 de junio de 2016	30 de julio de 2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 2.300.000	TUNJUELITO
No 8094 de 2016	1 de septiembre de 2016	31 de diciembre de 2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO ATENCIÓN AL USUARIO	\$ 4.600.000	TUNJUELITO

En este sentido, se encuentra acreditado que la demandante prestó sus servicios en el HOSPITAL TUNJUELITO, a través de la celebración de sendos contratos y órdenes de prestación de servicios personales suscritos desde el 05 de agosto de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016.

Ahora bien, se precisa que, de conformidad con la señalada certificación, el primero de los contratos celebrados inició el 05 de agosto de 2013 y el último contrato celebrado entre las partes finalizó el 31 de diciembre de 2016; sin embargo, las pretensiones de la demanda se encuentran encaminadas a la declaración de la existencia de una relación laboral entre el **30 de agosto del 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016**; de manera que –por principio de congruencia– es frente a este período que el Despacho se referirá en adelante.

Visto lo anterior, se debe señalar que los objetos contractuales de los

contratos celebrados entre las partes, en términos generales estaban encaminados a:

1. Informar y orientar a los usuarios y su familia de manera presencial en las sedes o mediante atención telefónica promoviendo el enfoque diferencial según la necesidad de los mismos y entregar soporte físico de la atención individual o grupal a técnicos SIDMA para registro de manera oportuna en el Aplicativo SIDMA (Sistema de Información Distrital de Monitoreo de Accesibilidad), de la Secretaría Distrital de Salud. 2. Informar a los usuarios y sus familias sobre sus Derechos y Deberes, mecanismos de escucha, portafolio de servicios, procedimiento para la asignación de citas, atención de urgencias, programa de humanización, entre otros. 3. Identificar población preferencial y gestionar su atención con celeridad contribuyendo a la atención integral y con calidad. 4. Realizar verificación de soportes y de derechos en las bases de datos y agentamiento de las citas, respetando los derechos del paciente. 5. Realizar Anexo técnico No.1 de la Resolución 3047 de 2009, para actualización de datos de los Usuarios. 6. Realizar apertura de Historia Clínica en el sistema Dinámica Gerencial.Net, a todos los usuarios de primera vez, confirmar y actualizar los datos de los usuarios ya registrados. 7. Cumplir con los protocolos, guías, manuales de proceso y procedimientos, manuales institucionales y los de normatividad vigente; así como la atención a los procesos de auditoría, formulación y seguimiento de acciones de mejora inmediatas o planes de mejora de acuerdo a los requerimientos. 8. Asistir puntualmente al servicio de acuerdo a la programación establecida en respuesta a la necesidad del usuario y participar activamente en las capacitaciones, jornadas de entrenamiento y actualizaciones programadas por la Subred Sur E.S.E, así como a las reuniones de seguimiento al proceso. 9. Apoyar el proceso de Servicio al Ciudadano y Participación de la Subred Sur E.S.E. mediante la atención a las disponibilidades requeridas para el buen funcionamiento de los servicios. 10. Responder por el inventario de elementos y equipos asignados para el desarrollo de sus actividades. 11. Realizar la verificación del proceso de nacidos vivos y garantizar su adecuado soporte. 12. Realizar los Informes de gestión del área, soportados de manera suficiente, en los tiempos establecidos y con las características de oportunidad y calidad requeridas, solicitados por el Referente de Línea Azul. 13. Ejercer las demás funciones asignadas acordes con el objetivo del cargo.

Sobre el particular, las anteriores funciones fueron ratificadas en las declaraciones rendidas por las señoras Diana Paola Peña Sánchez y Fanny Lucía Rugeles el 14 de noviembre de 2019 y el 17 de junio de 2021, respectivamente, pues hicieron relación al diligenciamiento de lista de espera de citas, a la orientación e información al ciudadano, a la asignación de citas médicas, a la toma de datos de los usuarios y a la verificación de si los usuarios acudían por una cita médica o una urgencia, entre otras.

Así las cosas, se encuentra acreditado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se incorporó en las cláusulas de los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión del contrato salvo autorización previa y expresa de la entidad. Al respecto, la señora Diana Paola Peña Sánchez fue coincidente en señalar que la actora no podía delegar sus funciones a un tercero.

Así las cosas, se encuentra acreditado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como lo señaló su compañera de trabajo, no podía delegar en otra persona su función.

ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en los contratos de prestación de servicios se estableció que la contratista realizaría su actividad con total autonomía e independencia sin que entre las partes mediara relación laboral; sin embargo, en los mismos se plasmó que la demandante estaba bajo supervisión o control de ejecución del cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, la señora Diana Paola Peña Sánchez, en el testimonio que rindió, señaló que la actora no tenía autonomía, toda vez que las actividades que desarrollaban las hacía porque el jefe le daba la orden para ello, en lo cual fue coincidente la supervisora del contrato Fanny Lucía Rugeles al indicar que revisaba la labor realizada por la demandante frente a las funciones encomendadas (revisaba los listados de registro de personas atendidas, los formatos definidos por la entidad, los registros en el sistema de monitoreo y acceso a la información).

Así mismo, de las declaraciones de los testigos y de lo afirmado en el libelo demandatorio se evidencia que las labores desempeñadas por esta implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia. Al respecto, de las señaladas declaraciones se extrae que esta debía cumplir un horario de 7:00am a 5:00pm de lunes a viernes y los dos primeros días de cada mes, destinados para la asignación de citas debía llegar entre 4:00am y 5:00am para atender al público.

Por otro lado, la supervisora del contrato adujo en su declaración que se designaba al equipo y los profesionales que se encontraban en la sede donde prestaba sus servicios la actora para que controlaran que se iniciaran y realizaran las actividades institucionales.

También se pudo establecer a través de sendas actas de reuniones en las que participaba la demandante que la Supervisora Fanny Lucía Rugeles, impartía directrices e instrucciones frente a las actividades a desarrollar y realizaban cambios de ubicación y distribución de funciones. De igual forma, se evidenció por las deponentes y por la actora que los insumos y herramientas con los que laboraba eran suministrados por el hospital.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por la actora por más de **3 años**, en el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria; amén, que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer su labor y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desarrollar sus funciones atendiendo horarios, usando las herramientas del centro hospitalario y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

iii) Remuneración por el trabajo cumplido.

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora MARÍA ÁNGELA DAZA BRITO y el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, la cual, se pagaba por mensualidades vencidas previa certificación del encargado del control de la ejecución de los contratos.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: i) la demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio en el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL, como auxiliar administrativo de atención al usuario, realizando labores que, valga la pena anotar, **son inherentes a la actividad misional de la entidad contratante**; ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado; y iii) actuaba bajo subordinación y dependencia del centro hospitalario al cual prestaba sus servicios.

De otra parte, la directora Operativa de la Dirección de Talento Humano

de la entidad demandada mediante escrito del 08 de septiembre de 2017 informó:

Ítem 1 – “¿Existen los cargos en carrera de servidor público MEDICO GENERAL 1, AUXILIAR DE ENFERMERIA, AUXILIAR ADMINISTRATIVO Y TECNICO ADMINISTRATIVO en los hospitales del Distrito Capital de Bogotá? En caso afirmativo que funciones desempeñan”.

R/. Se informa que una vez revisada las planta de personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. , los cargos de MEDICO GENERAL 1 y AUXILIAR DE ENFERMERIA no existen.

Se adjunta en dos (02) folios funciones correspondientes al cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO, código 407, grado 10 y, en tres (03) folios funciones correspondientes al cargo de TECNICO ADMINISTRATIVO, código 367, grado 10 establecidas en el Acuerdo N° 013 de 2017.

Al respecto, se arribaron al expediente los Manuales de Funciones correspondiente a los años 2006 y 2015, en los cuales consta la existencia del cargo de Auxiliar Administrativo el cual tienen los siguientes propósitos y funciones:

I. IDENTIFICACION DEL EMPLEO

NIVEL:

DENOMINACIÓN DEL EMPLEO:

CÓDIGO:

GRADO:

NUMERO DE CARGOS:

DEPENDENCIA:

CARGO DEL JEFE INMEDIATO:

NATURALEZA DEL CARGO:

ASISTENCIAL

AUXILIAR ADMINISTRATIVO

407

08, 13, 14 Y 16

OCHO (8)

SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA

QUIEN EJERZA LA FUNCION DE SUPERVISION

CARRERA ADMINISTRATIVA

II. PROPOSITO PRINCIPAL

Ejecutar labores auxiliares relacionadas con los procesos administrativos de las diversas áreas de Hospital, con el fin de mantener el normal desarrollo del mismo.

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

Realizar actividades auxiliares en las diversas dependencias de acuerdo con la asignación que realice el superior inmediato.

Realizar procedimientos de apoyo en las áreas administrativas inherentes al manejo operativo de los Recursos Físicos, Financieros y de Talento Humano.

Elaborar, tramitar y archivar documentos de conformidad con los procedimientos establecidos.

Responder por el cumplimiento de las normas definidas para la tramitación de formatos y documentos oficiales.

Atender usuarios y terceros que requieran información relacionada con las actividades de la Empresa.

Observar las normas establecidas por el manual de procesos y procedimientos del Hospital para cada puesto.

Cumplir con las obligaciones del pago que tiene el hospital dentro de los principios de eficiencia y oportunidad

Verifique todos los soportes de pago: disponibilidad, registro, contrato, factura original, certificaciones de cumplimiento del supervisor y pagos anteriores

Registrar el saldo actualizado de los recursos de tesorería por cada uno de los bancos y cajas que se mueven en la institución

Consolidar la información que sirve de base para interfase con Contabilidad

Obtener el detalle de movimiento de bancos, resumen de movimiento de bancos, arqueo de caja, relación de cheques girados, cheques girados por beneficiario, informe de saldos consolidados, relaciones de recibos por otros conceptos, de recibos en general, ordenes por otros conceptos, órdenes por otros conceptos, de cambio de composición, consignaciones, de notas, movimiento de cuenta y relación de cheques posfechados.

Medir la capacidad de compromiso que pueda adquirir la empresa en determinado momento

Registrar eficientemente las obligaciones contraídas por el Hospital

I. IDENTIFICACIÓN	
Nivel:	ASISTENCIAL
Denominación del Empleo:	AUXILIAR ADMINISTRATIVO
Código:	407
Grado:	14
No. de cargos:	TRES (3)
Dependencia:	DONDE SE UBIQUE EL CARGO.

Cargo del jefe Inmediato:	QUIEN EJERZA LA SUPERVISIÓN DIRECTA
II. AREA FUNCIONAL – SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA-FINANCIERA, GESTION DOCUMENTAL, RECURSOS FISICOS	
III. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Realizar las funciones de apoyo encomendadas, de acuerdo con la misión y el funcionamiento de la dependencia asignada, en concordancia con las metodologías y procedimientos establecidos.	
IV. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES	
1. Realizar las llamadas telefónicas que requiera el Jefe Inmediato para el desempeño de sus funciones. 2. Digitar los trabajos que se requieran en el área de acuerdo con los lineamientos del jefe inmediato. 3. Atender a los clientes y público en general que acuda a la Dependencia asignada. 4. Organizar el ingreso y retiro de los documentos que deben ser firmados por el jefe del área respectiva. 5. Proyectar cartas, memorandos, actos administrativos, circulares, informes y demás documentos propios del área de su competencia. 6. Llevar el sistema de control y seguimiento por asunto, citas, entrevistas, compromisos y eventos en general de las áreas de su competencia. 7. Efectuar el apoyo logístico para la realización de los eventos en el área de su competencia. 8. Organizar y responder por el seguimiento del archivo y correspondencia del área de su competencia. 9. Ejercer seguimiento sobre el control de términos respecto a los procesos y actuaciones administrativas del área. 10. Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.	

En ese sentido, se evidencia que las labores de estadística, de gestión documental y administrativas que desempeñó la demandante, las ejercen empleados de planta de la entidad; sin embargo, como quedó sentado en los contratos de prestación de servicios, para el desarrollo eficiente y las necesidades de la entidad, esto es, para el correcto desarrollo de su **objeto misional**, fue necesaria la contratación de la señora MARÍA ÁNGELA DAZA BRITO, debido a la falta de personal del HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL.

Así las cosas, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “la primacía de la realidad sobre formalidades”, pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleos de **Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 14**, cargo que pertenece a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y la señora MARÍA ÁNGELA DAZA BRITO, razón por la

cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que haya lugar, debidamente indexadas como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir que **no por el hecho de que se tipifique la relación laboral la hoy demandante adquiere la calidad de empleada pública**, pues como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, para ostentar dicha calidad, es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución Política, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, así como que se cumplan los requisitos de ley, como son el nombramiento y la posesión, y, pese a que el empleo desempeñado por la actora hace parte de la planta de personal del HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL, no se reúnen a satisfacción los demás requisitos.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, mediante la sentencia proferida el 21 de julio de 2016, dentro del proceso No. 25000-2325-000-2010-00373-01, señaló:

“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos⁸, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión⁹.

Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.

5.4.2 Del restablecimiento del derecho.

En este punto, se observa que las pretensiones de la demanda persiguen reconocimientos por emolumentos laborales, indemnizaciones o sanciones y devoluciones por pagos efectuados como contratista, frente a los cuales el Juzgado se pronunciará en los siguientes términos:

5.4.2.1 Emolumentos laborales. La actora solicita con la demanda que se le reconozcan los emolumentos que devenga el personal de planta, específicamente, pretende los siguientes: (i) los salarios o diferencia salarial con los empleados de planta, (ii) el reconocimiento de las primas, bonificaciones, los auxilios o subsidios, dotación de calzado, cesantías, intereses a las cesantías, sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías, devolución de dineros por concepto de retención en la fuente e I.C.A y vacaciones.

5.4.1.1.1 El salario. La jurisprudencia del Consejo de Estado tiene establecido que el restablecimiento del derecho no opera frente al salario, porque la existencia de la relación laboral no otorga la condición de empleado público, por lo cual el salario corresponde a los honorarios

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse en un 75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, que como se ha visto, se pagaron durante la ejecución laboral.

Así las cosas, no hay lugar al reconocimiento del salario del empleado de planta, y por ende, no se reconocerán las diferencias salariales entre la remuneración pactada en los contratos y el salario del empleado público que desempeña iguales funciones a las establecidas en los contratos celebrados con la demandante.

5.4.1.1.2 Las prestaciones sociales. En esta dirección, el Consejo de Estado ha señalado que el restablecimiento del derecho se contrae a reconocer las prestaciones sociales devengadas por un empleado de planta en el cargo equivalente a las funciones desempeñadas o contratadas, las que se liquidarán con base en los honorarios pactados en los sucesivos contratos de prestación de servicios. Al respecto, precisó que las prestaciones sociales que son objeto de reconocimiento en este tipo de asuntos, **son las ordinarias o comunes**, las que clasifica en las que corresponden al empleador y a la seguridad social, en los siguientes términos¹⁰:

“(…)

Ahora, frente a cuáles son las prestaciones sociales susceptibles de ser reconocidas, esta Subsección, en providencia del 21 de junio de 2018 sobre un asunto fáctico y jurídico similar, dispuso que estas son¹¹:

- *Las prestaciones sociales ordinarias o comunes que perciben los empleados públicos de la entidad demandada, las cuales se encuentra a cargo directamente del empleador, como son las primas o las cesantías, entre otras, y;*
- *Las prestaciones sociales a cargo del sistema general de seguridad social como los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que se encuentran a cargo directamente del empleador; y a salud y pensiones que son compartidas entre el empleador y el trabajador.”*

Ahora bien, por **prestaciones sociales ordinarias o comunes**, la

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15)

¹¹ Ídem.

jurisprudencia se ha referido a las prestaciones sociales a cargo del empleador en términos generales, pues ha indicado que están constituidas por todas aquellas de carácter legal como las primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías que devengan el empleado del cargo equivalente al desempeñado por el contratista, **las cuales le corresponde determinar a la entidad al hacer la correspondiente liquidación**, según el siguiente aparte jurisprudencial:¹².

“(…)

*Frente al reconocimiento de otras prestaciones sociales, cabe destacar que esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2016¹³, precisó que «con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, [...] acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral. **Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización**». Asimismo, en providencia de 6 de octubre siguiente¹⁴, aclaró que «el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que no es posible reconocer prestaciones sociales de carácter extralegal que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando el accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas».*

*En virtud del derrotero jurisprudencial expuesto, al actor le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un empleado de planta del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) con iguales o similares funciones a las que él desempeñaba, tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, **mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que él carece.***

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del 28 de octubre de 2021. Ra. 25000-23-42-000-2015-04331-01(0238-18),

¹³ Expediente 810012333000201200020-01 (316-2014).

¹⁴ Expediente 660012333000201300091 01(0237-2014).

En ese sentido, le corresponderá al ente accionado al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales que serán objeto de liquidación a favor del actor.” (negritas a propósito).

Así mismo, dicha Corporación Judicial se ha referido en forma concreta a las siguientes prestaciones:

(i) vacaciones

En sentencia del 19 de abril de 2018, dentro del expediente No. 81001-23-33-3000-2013-00096-01, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, se señaló que las vacaciones son un descanso remunerado que, por no haber sido disfrutado, se tienen que compensar en dinero, así:

“(…)

Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato realidad-, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios-, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978, que dispone:

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, 4.] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de

condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo»

*Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, **corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria**, pero como quiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005.*

Sin embargo, el pago de la compensación por el descanso no disfrutó la accionante solo comprenderá lo causado a partir del 24 de enero de 2010, en atención al fenecimiento de la oportunidad para reclamarlo...” (Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, en la sentencia de 30 de septiembre de 2021, dicha corporación judicial se expresó¹⁵ en los siguientes términos:

“(...)”

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados¹⁶, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978¹⁷, que dispone:

Artículo 20º.- De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del 30 de septiembre de 2021. Rad. 20001-23-39-000-2015-00300-02(6249-19)

¹⁶ De conformidad con el Decreto 3135 de 1968, «**por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales**», artículo 8º, «Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por los reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosos [...]».

¹⁷ Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República mediante ley 51 de 1978, «[...] por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional».

autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;

b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016¹⁸, la sección segunda de esta Corporación determinó, entre otras reglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, «[...] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero esa garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005¹⁹.

Bajo dichos pronunciamientos Jurisprudenciales es claro el derecho que le asiste a la demandante de la compensación en dinero de las vacaciones, en razón a que constituye una prestación social, de conformidad con el principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.

(ii) Subsidios de alimentación y transporte

Respecto al **subsidio de alimentación**, es menester señalar que, en virtud de lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional establece de forma anual, el límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales, señalado que tienen derecho a devengar dicho emolumento de forma mensual o proporcional al tiempo servido, quienes

¹⁸ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹⁹ «Artículo 1°. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado».

no superen el tope de la asignación básica mensual establecido en cada vigencia y determinó que no se causará cuando se disfrute de vacaciones o licencias, como tampoco por suspensiones en el ejercicio de funciones o en el evento que la entidad suministre alimentación.

Ahora bien, por el periodo que la parte actora deprecia el reconocimiento y pago del subsidio de alimentación, se expidió la siguiente normatividad:

NORMATIVIDAD	ASIGNACIÓN BÁSICA	VALOR SUBSIDIO
Decreto 1015 de 2013	\$ 1.295.383,00	\$ 46.192,00
Decreto 185 de 2014	\$ 1.333.468,00	\$ 47.551,00
Decreto 1096 de 2015	\$ 1.395.608,00	\$ 49.767,00
Decreto 225 de 2016	\$ 1.504.047,00	\$ 53.634,00

Así las cosas, de la certificación expedida el 2 de febrero de 2017, por la Profesional Especializada del Área de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en la que se relacionan los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes inmersas en el presente asunto, tenemos que por el periodo comprendido entre el 5 de agosto de 2013 y el 31 de diciembre de 2016, por las funciones que desarrolló la demandante, percibió honorarios que no superan la asignación básica establecida por el Gobierno Nacional para cada anualidad, razón por la cual, **le asiste el derecho al reconocimiento y pago del subsidio de alimentación.**

En cuanto al **subsidio de transporte** los Decretos 3069 de 2013, 2732 de 2014, 2553 de 2015 y 2210 de 2016, a través de los cuales se establece dicha prestación a los servidores públicos, compilan que tienen derecho a percibir el mismo, quienes **devenguen hasta dos (2) veces el salario mínimo legal mensual vigente**, de modo que, **tiene vocación de prosperidad el pago deprecado por la demandante** sobre tal aspecto, por cuanto, mensualmente percibió honorarios que no exceden dicho monto máximo, como se evidencia en la certificación a la que se hizo alusión anteriormente.

(iii) Dotación de Calzado y vestido de labor.

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018²⁰, indicó:

“Sobre la “dotación de calzado y vestido de labor” que solicita el demandante a título de restablecimiento del derecho, no es procedente en la medida en que el artículo 1 de la Ley 70 de 1988 reguló el derecho que le asiste a “los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente (...) resaltado fuera del texto”, supuestos que no concurren en el caso concreto⁸⁵”.

De conformidad con la jurisprudencia en cita, encuentra el Despacho que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la dotación, dado que los honorarios que percibió por las funciones que desarrolló, no superan dos veces el salario mínimo legal mensual para cada vigencia, tal como se desprende de la certificación expedida por el Área de Contratación de la entidad demandada. En consecuencia, la entidad demandada deberá realizar el pago del derecho que aquí se reconoce.

5.4.2. Prestaciones sociales de la seguridad social.

Respecto de las prestaciones de la seguridad social, únicamente se ordena realizar las cotizaciones para pensión. En efecto, la misma sentencia de Unificación que se viene de leer, sobre los aportes no efectuados por la parte contratante al fondo de pensiones, dispuso:

“(…)

²⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018, M. P. Dr.: César Palomino Cortés, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00799-01, actor: Pablo Emilio Torres Garrido, demandado: E.S.E Centro de Salud Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander.

De igual manera la entidad demandada deberá a título de restablecimiento del derecho tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Manco Quiroz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por último, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra deberá pagar o completar según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora”.

En consecuencia, la entidad demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones de la actora la suma faltante por concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, con fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados y así se ordenará en la parte resolutive de la presente providencia

5.4.3 Sanciones e indemnizaciones

Existen otras pretensiones que se refieren a indemnizaciones o sanciones por pagos extemporáneos o morosos, que la jurisprudencia ha venido denegando, por no darse los presupuestos para el efecto, así:

5.4.3.1. Sanción por mora en el pago de cesantías

Frente a la sanción moratoria deprecada, la Jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia del 17 de junio de 2021, ya citada, ha señalado que “.....no hay lugar a tal reconocimiento, toda vez que a partir de esta sentencia surge la obligación del pago de las prestaciones al beneficiario, por lo que no es viable acceder a esa pretensión”²¹, razón suficiente para

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA,

no dar prosperidad a dicha pretensión.

5.4.3.2. Indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales.

El Consejo de Estado, en la sentencia del 4 de noviembre de 2021, tantas veces mencionada, ha señalado que el beneficio reclamado sólo aplica para los trabajadores oficiales, más no en las relaciones laborales administrativas, así:

“(...)

Indemnización moratoria en los términos del Decreto 797 de 1949: El Decreto 797 de 1949 concede un periodo de gracia de 90 días a las entidades que contraten trabajadores oficiales para poner a su disposición todos los valores que por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones se hallen insolutos en el momento en que termine el contrato; lo que significa que si vencido el aludido lapso el empleador no realiza el pago, se genera en favor del trabajador una mora.

Sin embargo, dentro del sub judice no habrá lugar a su reconocimiento como quiera que dicha sanción es reconocida a los trabajadores oficiales, categoría que no ostenta la señora Carmela Amparo Arciniegas Gómez.”.

Bajo dicho pronunciamiento, también deberá ser denegada la pretensión encaminada al reconocimiento por mora en el pago de las prestaciones sociales que serán reconocidas a favor de la actora.

5.4.4. Devoluciones por pagos como contratista.

5.4.4.1 Devolución de aportes a la seguridad social (pensión, salud y riesgos profesionales).

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por la contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación

SUBSECCIÓN "B", Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05489-01(1572-18).

laboral entre las partes, por cuanto no existe una disposición de orden legal que señale expresamente un término que extinga la posibilidad de reclamarlos en cualquier tiempo, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, al indicar: *“Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista”*.

Sin embargo, en la aludida sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2021, aclarada el 11 de noviembre del mismo año, se dispuso la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el Contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

“(…)”

3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado,

en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal**” (Negrilla del texto original y subrayado del despacho).

Y más adelante, indicó:

“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».137 Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal» (Negrillas del texto original).

En ese sentido, esta Juzgadora varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que **es improcedente el reembolso de los aportes a salud que la contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.**

Ahora bien, en sentencia del 17 de junio de 2021, el Consejo de Estado señaló que los aportes a pensión, salud y riesgos profesionales no constituyen créditos a favor del demandante, pues pertenecen al Sistema en cuanto se causan conforme a la ley, en los siguientes términos:

“(…)

*En lo referente a **la devolución de los aportes efectuados por el demandante a pensión, salud y riesgos profesionales**, lo cierto es que, en criterio de la sala mayoritaria²², esos recursos del sistema integral de seguridad social son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos **y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado**. En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por los mencionados conceptos.”.*
(negrillas del Despacho)

Por lo anterior, no procede ordenar la devolución de los aportes a pensión, salud y riesgos profesionales que efectuó la demandante en su calidad de contratista de la entidad demandada, como quiera que éstos fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social al existir una obligación legal de realizar dicha contribución, los cuales por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal no admiten otro tipo de destinación que el sostenimiento mismo del sistema.

5.4.4.2 De la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente e I.C.A.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E”, C. P. Dr. Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon, en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2018, dentro del proceso No. 11001-33-31-030-2012-00117-01, precisó:

²² Del cual en pronunciamientos anteriores se ha apartado el suscrito ponente, porque la devolución del porcentaje de cotizaciones al sistema integral de seguridad social en salud y pensiones hace parte del restablecimiento del derecho del demandante (lo que estará sujeto al fenómeno prescriptivo), y una decisión en contrario podría constituir un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad estatal demandada. De igual manera, una cosa es que las entidades completen al sistema los aportes correspondientes a pensión (que comporta un derecho imprescriptible), como se dejó sentado en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, y otra, la devolución de lo que el demandante tuvo que sufragar respecto del porcentaje que correspondía a su empleador, que, se insiste, integra su restablecimiento del derecho.

*“De otra parte, tal y como lo dispuesto el juez de primera instancia **no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados por la actora por concepto de retención en la fuente** y pagos de pólizas de seguros, pues si bien como se dijo la vinculación de origen contractual se desnaturalizó, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con motivo de la relación laboral oculta, más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato”. (Negrilla del Despacho).*

Posteriormente, la referida Corporación Judicial, Sección Segunda Subsección “B” en sentencia del 28 de febrero de 2019²³, Magistrado Ponente: Doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

*“(…) En cuanto a la **devolución de retefuente** y rete ICA pretendidas por el actor, **no es del caso acceder a ello**, toda vez, que tratándose de valores pagados por concepto de retención en la fuente o rete ICA en contratos realidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó, que ‘... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión’²⁴” (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso a la actora de la retención en la fuente que aduce se efectuó sobre cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, ya que comprenden dineros que en su momento se giraron a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, lo que hace irreversible tal situación, razón por la cual no se dispondrá el reconocimiento y pago de dichos conceptos a favor de la demandante.

²³ Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de junio de 2013, C.P., Dr. Luis Rafael Vergara Quintero y Sentencia de 27 de abril de 2016, rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). C.P. Dr. William Hernández Gómez.

5.5. De la prescripción.

En este acápite se estudiará de oficio el fenómeno de la prescripción, precisando que este Despacho en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, había adoptado el precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01, según la cual “... **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**”, y en ese sentido, daba aplicación, a lo dispuesto por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013- 00689-01(3300-14), que dispuso que “... *la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive*”.

Ahora bien, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021²⁵**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143- 01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre del mismo año, respecto al fenómeno prescriptivo, dispuso:

“(...)”

3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de

²⁵ Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

prestación de servicios: la solución de continuidad.

137. Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.

138. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. **Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.**

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una

prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

(...)”.

Y más adelante, agregó:

“3.2.1. Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

*[...] 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.*

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

*[...] 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**. (Negrillas del texto)*

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario

el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se reitere, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, **se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.**

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, **no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual.** En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse” (Negrilla del texto original).

Así las cosas, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, para efectos de determinar la ocurrencia de la prescripción.

Ahora bien, de conformidad con la certificación expedida por la Dirección de Contratación de la entidad demandada, del 2 de febrero de 2017, en el caso que nos ocupa los contratos fueron celebrados así:

Del 05 de agosto de 2013 al 30 de agosto de 2013

Del 2 de septiembre de 2013 al 30 de septiembre de 2013

Del 1 de octubre de 2013 al 31 de octubre de 2013
Del 20 de noviembre de 2013 al 30 de noviembre de 2013
Del 2 de diciembre de 2013 al 31 diciembre de 2013
Del 2 de enero 2014 al 31 de enero de 2014
Del 3 de febrero de 2014 al 28 de febrero de 2014
Del 3 de marzo de 2014 al 30 de junio de 2014
Del 1 de julio de 2014 al 31 de julio de 2014
Del 1 de agosto de 2014 al 30 de agosto de 2014
Del 1 de septiembre de 2014 al 30 de septiembre de 2014
Del 1 de octubre de 2014 al 30 de octubre de 2014
Del 4 de noviembre de 2014 al 30 de noviembre de 2014
Del 1 de diciembre de 2014 al 30 de diciembre de 2014
Del 2 de enero de 2015 al 30 de enero de 2015
Del 2 de febrero de 2015 al 30 de marzo de 2015
Del 1 de abril de 2015 al 30 de junio de 2015
Del 1 de julio de 2015 al 30 de septiembre de 2015
Del 1 de octubre de 2015 al 30 de octubre de 2015
Del 3 de noviembre de 2015 al 30 de noviembre de 2015
Del 1 de diciembre de 2015 al 30 de diciembre de 2015
Del 4 de enero de 2016 al 30 de enero de 2016
Del 1 de febrero de 2016 al 30 de abril de 2016
Del 2 de mayo de 2016 al 30 de mayo de 2016
Del 1 junio de 2016 al 30 de julio de 2016
Del 1 de septiembre de 2016 al 31 de diciembre de 2016

Como puede verse, entre uno y otro de los contratos de prestación de servicios, no existen lapsos de interrupción en los que la demandante no prestó sus servicios por más de treinta (30) días hábiles a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, de modo tal, que no se genera interrupción que desvirtúa la permanencia en el servicio, por lo que se concluye que la demandante prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida desde el **05 de agosto de 2013 al 31 de diciembre de 2016.**

Así las cosas, en consideración a que la demandante presentó reclamación

administrativa mediante escrito del **24 de marzo de 2017** y que en los contratos celebrados hubo vocación de permanencia en la labor, se concluye que no se configuró fenómeno prescriptivo alguno.

5.5.1. Prescripción los aportes no efectuados por el contratante al Sistema General de Pensiones.

Respecto de la prescripción de los aportes no efectuados al Sistema General de Pensiones, la sentencia de unificación dispuso:

“Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a 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, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

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

Así las cosas, debido a que se trata de aportes pensionales no están sometidos al fenómeno de la prescripción.

5.6. COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido

en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de la relación laboral entre la señora MARÍA ÁNGELA DAZA BRITO, identificada con cédula de ciudadanía No. 56.075.303 de San Juan del César, Guajira y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. – HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del Oficio OJU-E-781-2017 de 21 de abril de 2017 a través del cual la doctora Gloria Emperatriz Barrero Carretero, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada negó a la actora el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que se derivaron de la existencia de una relación laboral.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. – antes- HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL., **RECONOCER Y PAGAR** a la señora MARÍA ÁNGELA DAZA BRITO, identificada con cédula de ciudadanía No. 56.075.303 de San Juan del César, Guajira, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, que devenga un **Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 14**, por los periodos contratados, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos suscritos entre el **05 de agosto de 2013 al 31 de diciembre de 2016**.

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo reconocido en la presente sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

CUARTO.- ORDENAR a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. – HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL. a:

i) **PAGAR** a la señora MARÍA ÁNGELA DAZA BRITO, identificada con cédula de ciudadanía No. 56.075.303 de San Juan del César, Guajira, los valores que canceló por concepto de **pensión** en virtud de las órdenes y contratos de prestación de servicios, según los porcentajes fijados por Ley al empleador, durante el tiempo comprendido entre el **05 de agosto de 2013 al 31 de diciembre de 2016**.

ii) En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por la actora y los que se debieron efectuar **COTIZAR** la suma faltante por concepto de aportes solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que 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 existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

iii) **ACTUALIZAR** tales sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a los conceptos de salud y pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente

QUINTO.- Sin costas a cargo de SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. – HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL.

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

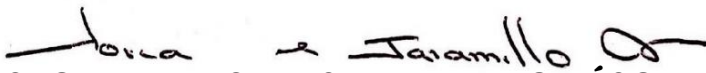
SÉPTIMO.- A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

OCTAVO.- Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

NOVENO.- La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora, excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y Cúmplase,


GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 009 de hoy 13 de mayo de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-**2019**-00**210**-00
Demandante: **DANY FABIÁN DURÁN QUINTANA**
Demandada: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR
OCCIDENTE E.S.E. – HOSPITAL PABLO VI I NIVEL
Asunto: SENTENCIA

El señor **DANY FABIÁN DURÁN QUINTANA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.147.249 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. – HOSPITAL PABLO VI I NIVEL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

Las pretensiones en que se sustenta la demanda fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 6 de abril de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

1.2. HECHOS.

Para sustentar las pretensiones el demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. El señor DANY FABIÁN DURÁN QUINTANA, laboró de manera constante e ininterrumpida para el HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR

OCCIDENTE E.S.E., en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO desde el día 01 DE FEBRERO DE 2007 HASTA EL 31 DE ENERO DE 2019.

1.2.2. La vinculación con la accionada se dio a través de contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios sucesivos, habituales y sin interrupción.

1.2.3. El accionante, devengó como último salario mensual la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL PESOS M/CTE (\$1.837.000).

1.2.4. El horario de trabajo que debía cumplir en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO en el HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E., era en turnos rotativos de 7:00 A.M a 2:00 P.M, de 2:00 P.M a 7:00 P.M de 7:00 P.M a 7:00 A.M, con fines de semana incluidos.

1.2.5. Las funciones que cumplió dentro del HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E., como AUXILIAR ADMINISTRATIVO fueron: desarrollar la gestión de recepción, custodia y entrega de toda la correspondencia interna y externa del Hospital, asistir y participar activamente en las diferentes reuniones y capacitaciones por el área perteneciente, áreas administrativas o asistenciales, directivas del Hospital o entes competentes externos, elaborar y presentar informes de gestión o temáticas relacionadas al proceso asignado, a solicitud del líder, directivas del Hospital o entes competentes, coadyuvar al cumplimiento de plan de gestión institucional a través del cumplimiento de las metas contractuales establecidas en los planes y proyectos en el área asignada, desarrollar y mantener acciones de autocontrol y mejoramiento sobre actividades asignadas, conocer promover y aplicar las políticas institucionales que garanticen los objetos corporativos, el buen uso de los recursos, la seguridad, el bienestar, y la satisfacción del cliente interno y externo del Hospital, promover el cuidado, custodia del patrimonio institucional y responder por los elementos dados a su responsabilidad, conocer, promover y aplicar las normas de: Gestión ambiental, residuos hospitalarios, manual de higiene y seguridad industrial, programa de

salud ocupacional, planes de emergencia y normas de bioseguridad.

1.2.6. Los Jefes inmediatos del accionante en el HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E., fueron: Amanda Salinas, Martha Chaparro, Alma Ampudia y Viviana Contreras.

1.2.7. El HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E. le exigía afiliarse como trabajador independiente al sistema general de seguridad social en salud y pensiones y adquirir una póliza de cumplimiento de responsabilidad civil.

1.2.8. El HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E. le descontaba mensualmente, en cada pago, el impuesto de retención en la fuente y el impuesto I.C.A.

1.2.9. Al señor Durán Quintana, le fue expedido carné de trabajo que lo identificaba como empleado del HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E., el cual debía portar de manera obligatoria.

1.2.10. El HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E., no le reconoció ni pagó las prestaciones sociales al accionante por el tiempo que ejecutó sus labores.

1.2.11. Durante el tiempo que laboró no le fueron otorgadas las vacaciones ni le fueron compensadas en dinero.

1.2.12. El demandante DANY FABIAN DURAN QUINTANA y el HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E., durante más de once (11) años, suscribieron de manera sucesiva e ininterrumpida sendos contratos de arrendamiento y de prestación de servicios.

1.2.13. El accionante, trabajó como AUXILIAR ADMINISTRATIVO, para el HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., cumpliendo un horario de trabajo, recibiendo órdenes de sus superiores y realizando de manera personal la labor encomendada; además, siempre utilizó las herramientas dadas por el hospital para desarrollar su actividad como

AUXILIAR ADMINISTRATIVO, tuvo a su disposición los vehículos y demás herramientas o suministros para desarrollar las funciones propias de su cargo.

1.2.14. El demandante, tenía compañeros de trabajo que cumplían las mismas funciones que él, pero estaban vinculados directamente con el HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E.

1.2.15. El día 24 de enero de 2019 con radicado No. 2019-422-001406-2, el actor presentó reclamación para el pago de prestaciones sociales por todo el tiempo laborado, interrumpiendo el término de prescripción.

1.2.16. Mediante comunicación No. 20192100022411 del 12 de febrero de 2019, Notificado el 15 de febrero de 2019, suscrita por la Doctora CARMENZA MANOTAS BUENO Jefe Oficina Asesora Jurídica (E) de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., emitió respuesta en forma negativa a la reclamación del pago de prestaciones sociales.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte demandante, estima desconocidas las siguientes normas:

2.1. Constitucionales: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1.

2.2. Legales: Decreto 3074 de 1968, Decreto 3135 de 1968 artículo 8, Decreto 1848 de 1968 artículo 51, Decreto 1045 de 1968 artículo 25, Decreto 01 de 1084, Decreto 1335 de 1990, Ley 4 de 1992, Ley 332 de 1996, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012, Ley 100 de 1993 artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204, Ley 244 de 1995, Ley 443 de 1998, Ley 909 de 2004, Ley 80 de 1993 artículo 32, Ley 50 de 1990 artículo 99, Ley 4 de 1990 artículo 8, Decreto 1250 de 1970 artículos 5 y 71, Decreto 2400 de 1968 artículos 26, 40, 46 y 61, Decreto 1950 de 1973 artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242, Decreto 1919 de 2002 artículo 2

y Código Sustantivo del Trabajo artículos 23 y 24.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Sobre el particular, sostuvo que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., pretende desconocer la relación laboral que existió durante más de 11 años con el señor DANY FABIÁN DURÁN QUINTANA, sin ninguna justificación, a pesar de que se constituyeron los elementos de un contrato realidad durante todo el tiempo que trabajó como Auxiliar Administrativo.

Argumentó que el HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E, para no contratar directamente al actor, utilizó la fachada de contratos de arrendamiento y de prestación de servicios, siendo que recibió todo el tiempo órdenes de dicho Hospital.

Destacó que el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas para los sujetos de las relaciones laborales, opera en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios y de arrendamiento para esconder una relación laboral, de manera que, configurada esa dependencia dentro de un contrato, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

III. CONTESTACIÓN.

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **4 de octubre de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Sostuvo que de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, no se configuran los elementos de una relación laboral, pues el contratista celebró contratos de prestación de servicios con el contratante por periodos cortos, por consiguiente, no existe una relación laboral entre las partes como lo pretende el actor.

Adujo que previo a la celebración de cada contrato de prestación de servicios, el demandante presentó su oferta de servicios como contratista independiente indicando que en ningún caso se generaría relación laboral y que ejecutaría el contrato sin subordinación alguna de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.

Indicó que no se puede pregonar subordinación laboral por el solo hecho de tener que cumplir el acto y desempeñar actividades propias del cargo, dado a que esa situación deviene del objeto mismo del contrato administrativo, por lo que resulta lógico que la entidad contratante vigile el cumplimiento del contrato sin que por ello resulte subordinación del contratista.

Precisó que el horario para la ejecución de la actividad contratada, se realizó en las instalaciones de la entidad dentro del horario que se tiene previsto para la prestación del servicio a los usuarios de la entidad, en tal sentido el contratista se obligó a prestar sus servicios personales, pero conservando su propia autonomía y sin subordinación alguna o dependencia en el Hospital.

Aludió que la actividad ejercida por el demandante no fue permanente durante el lapso mencionado, la presentación del servicio se desarrolló durante varios años con solución de continuidad entre algunos de ellos,

por lo cual no se puede inferir continuidad del servicio como para que hubiera una relación laboral.

Afirmó que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E, vincula contratista en razón a que no cuenta en su planta de personal con recursos humanos especialmente habilitados para la prestación de los servicios especializados a su cargo.

De otra parte, propuso las excepciones de:

i) Prescripción: Manifiesta que los derechos emanados de las leyes sociales prescribirán en tres años contados a partir de su reclamación, que el demandante tuvo una contratación que terminó el 31 de enero de 2018 y la reclamación fue presentada el 24 de enero de 2019, quiere decir que los derechos laborales que se hubieren causado en favor del demandante con anterioridad al 24 de enero de 2016 se encuentran prescritos. Así mismo solicitó tener en cuenta la interrupción entre uno y otro contrato.

ii) Inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad: Refiere que el demandante conforme con las reglas de la carga de la prueba no logró destruir la presunción que rodea la relación jurídica, dado que entre las partes existió un acuerdo de voluntades, la entidad demandada no dio órdenes al demandante en el objeto del contrato, no se acordó un salario mensual sino el pago del valor del contrato siendo pagado periódicamente como honorarios, se le reconocieron los derechos como un contratista independiente, la manifestación de cumplimiento de horarios y suministro de elementos de trabajo no significa que solo por ello se pueda pregonar la referida subordinación.

iii) Inexistencia del derecho y de la obligación: Afirma que el actor libre y voluntariamente optó por esta modalidad de contratación, celebró contratos de prestación de servicios en los que se estableció la inexistencia de la relación laboral y adquirió pólizas para la garantizar el cumplimiento

de los contratos de prestación de servicios los cuales fueron terminados por el vencimiento del término acordado.

iv) Pago: Señala que la entidad demandada entendió de buena fe que el pago era de los honorarios convenidos conforme a los contratos y la disponibilidad presupuestal y que la entidad canceló oportunamente los pagos acordados.

v) Ausencia del vínculo de carácter laboral: Afirma que el demandante fue un contratista y no un servidor público de la entidad demandada, que dentro del contrato celebrado entre las partes se pactó en las cláusulas que no hay relación laboral.

vi) Cobro de lo no debido: Manifiesta que no ha nacido obligación alguna contra la entidad demandada porque en realidad las partes pactaron salarios como honorarios dado el tipo de contrato celebrado.

vii) Relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral: Indica que el demandante no tiene la calidad de trabajador oficial, que al no ser la convención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos.

viii) Buena fe: Arguye que la entidad demandada actuó de conformidad con la Ley 80 de 1993 y creyendo que la relación entre las partes estaba condicionada a los términos contractuales, en consecuencia, no existió relación laboral entre las partes.

ix) Inexistencia de la convención colectiva: Menciona que el demandante no allega prueba de la convención colectiva, que no era trabajador oficial y por tanto no era sindicalizado ni tenía derecho a la aplicación del régimen convencional, no tuvo beneficios extralegales establecidos en la convención colectiva de trabajo puesto que no le aplicaba por no existir una relación laboral.

x) Presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes: Aduce que los contratos de

prestación de servicios personales, las actas de liquidación y los demás actos administrativos proferidos por la entidad gozan de presunción de legalidad.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte demandante, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **28 de marzo de 2022**, presentó alegatos de conclusión, solicitando que se acceda a las súplicas de la demanda, toda vez que de los medios probatorios obrantes en el plenario se encuentra demostrado que el actor prestó personalmente el servicio, recibía órdenes de sus jefes inmediatos, quienes igualmente le impartían directrices al personal de planta que realizaba las mismas funciones y por su labor percibía una remuneración como pago de nómina.

Señaló que se encuentra acreditado que en la entidad demandada existían cargos de planta cuyos funcionarios desarrollaban las mismas labores que el demandante, quienes tenían todas las garantías laborales y económicas contenidas en la convención colectiva.

Indicó que los deponentes que rindieron su testimonio en el presente asunto fueron compañeros del demandante dado que trabajaron para el centro hospitalario por más de dos (2) años, razón por la cual de forma presencial evidenciaron la subordinación a la que estaba sometido, así como los turnos que prestó y la forma de pago, concluyéndose la verdadera existencia de una relación laboral disfrazada por sucesivos e ininterrumpidos contratos de prestación de servicios personales.

Finalmente, se ratificó en los “fundamentos jurídicos de las pretensiones de la demanda y el concepto de violación” expuestos en el libelo demandatorio y citó jurisprudencia del H. Consejo de Estado relativa al tema objeto de estudio.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada presentó alegatos de conclusión, mediante escrito aportado el **4 de abril de 2022**, vía correo electrónico, mediante el cual señaló que se establece la ausencia de los elementos constitutivos de una relación laboral, puesto que existió solución de continuidad mayor a 30 días debido a que hubo interrupciones contractuales, es decir, se configuró la prescripción trienal establecida en la norma.

Manifestó que se encuentra probado que existieron cuatro objetos contractuales diferentes, los cuales dan lugar a una solución de continuidad de manera total ya que el último objeto contractual fue el definitivo y liquidado, prueba de la diferenciación entre uno y otro objeto contractual, es el valor de los honorarios de cada uno, por consiguiente, nunca existió una relación laboral entre el accionante y la entidad, toda vez que lo que existió fue una serie de suscripción de contratos de prestación de servicios de distinto objeto contractual, por ende distintas funciones y distintos honorarios.

Indicó que el contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la Administración que no pueden estar previstas en la planta de personal.

Adujo que hubo ausencia de subordinación y que la coordinación de actividades requerida para desarrollar de forma adecuada el objeto del contrato de prestación de servicios, implica la sujeción del contratista a ciertas condiciones para su cumplimiento, todo lo anterior, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Finalizó indicando que los testigos manifiestan que recibían capacitaciones y estas eran impartidas por Secretaría de Salud, razonable acción permitida dentro del ámbito, es así como el Decreto 1083 de 2015 sector de función pública, quienes permite la capacitación del personal contratado con el fin de generar un mejor rendimiento en la prestación del servicio.

4.3. Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones de ***“Inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad; Inexistencia del derecho y de la obligación, Pago, Ausencia del vínculo de carácter laboral, Cobro de lo no debido, Relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, Buena fe, Inexistencia de la convención colectiva y Presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes”***, propuestas por el extremo demandado, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

De otro lado, se precisa que la excepción de **prescripción**, será resuelta en acápite posterior de esta providencia.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante que sustenta los hechos y pretensiones:

5.2.1. Documentales.

5.2.1.1. Copia del carné del actor, como contratista de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

5.2.1.2. Petición elevada por el demandante el 24 de enero de 2019, por medio de la cual le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la relación de carácter laboral desde el 1 de febrero de 2007 hasta el año 2019 y el pago de las acreencias laborales a las que alude le asiste derecho.

5.2.1.3. Oficio No. 20192100022411 de 12 de febrero de 2019, a través del cual la doctora Carmenza Manotas Bueno, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, negó lo solicitado por el accionante.

5.2.1.4. Constancia de Conciliación Extrajudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 192 Judicial I para Asuntos Administrativos el 7 de marzo de 2019, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.2.1.5. Contratos de prestación de servicios celebrados entre el actor y la entidad demandada, adiciones, prórrogas, informes de actividades, certificados de disponibilidad presupuestal, constancias, planillas y documentos precontractuales.

5.2.1.6. Certificación expedida por la Coordinadora de personal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Gestión y Calidad Eficiente, en la que consta que el actor estuvo vinculado desde el 1 de febrero de 2007 hasta el 21 de julio de 2009 como Facturador en el Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., bajo la modalidad contractual de Acuerdo de Trabajo Asociado por

Autogestión.

5.2.1.7. Certificación expedida por el Asesor Jurídico de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E el 20 de diciembre de 2016, mediante la cual se relacionan los contratos de prestación de servicios celebrados con el actor, desde el 22 de julio de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2016.

5.2.1.8. Oficio No. 20194300003253 del 30 de enero de 2019, mediante el cual el Director Operativo de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios Sur Occidente E.S.E. da respuesta a un derecho de petición en el cual indica que en el Hospital Pablo VI Bosa para los años 2007 a 2016 existía el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grados 09 y 11 y en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. se cuenta con el empleo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grados 05, 08, 09, 10, 11, 12, 14, 15, 17 y 25.

5.2.1.9. Resolución No. 095 del 2 de junio de 2015 *“por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los cargos de la planta de personal del Hospital Pablo VI Bosa I Nivel Empresa Social del Estado”*, relacionadas con el cargo de Auxiliar Administrativo.

5.2.1.10. Oficio No. 20192100083421 del 20 de mayo de 2019, a través del cual la doctora Carmenza Manotas Bueno, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, da respuesta a derecho de petición radicado por el actor bajo el número 20194220097762.

5.2.1.11. Oficio No. 20194300017873 del 9 de mayo de 2019, por medio del cual el Director Operativo de Gestión de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E indica que en el Hospital Pablo VI Bosa para los años 2007 a 2016 se contaba con el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grados 09 y 11, se informan los valores de asignación básica que devengaban tales cargos, así como los Auxiliares Administrativos Código 407 Grados 05, 08, 09, 10, 11, 12, 14,

15, 17 y 25 de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

5.2.1.12. Certificado de los valores retenidos por concepto de ICA y retención en la fuente al demandante para los años 2009 a 2016.

5.2.1.13. Certificación expedida por Bancolombia el 4 de julio de 2019, en la que constan los pagos efectuados al demandante por parte del Hospital Pablo VI Bosa I Nivel.

5.2.1.14. Hoja de vida del demandante.

5.2.1.15. Certificación expedida por el Gerente del Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., en la que se informa que de acuerdo al Manual de Funciones y Competencias Laborales, así como el número de cargos existentes en el Hospital, ante la imposibilidad de atender la actividad con personal de planta, se hace necesario contratar el recurso humano requerido por el área responsable.

5.2.1.16. Acuerdo No. 55 de 17 de octubre de 2019, *“por el cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los Empleos de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.”*.

5.2.1.17. Resolución No. 108 de 2 de junio de 2006 *“por el cual se establece el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal del Hospital Pablo VI Bosa I Nivel Empresa Social del Estado”*.

5.2.1.18. Acuerdo No. 017 de 5 de abril de 2017 *“por medio del cual se establece el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los Empleos de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.”*.

5.2.1.19. Expediente administrativo del demandante.

5.2.2. Testimoniales e interrogatorio de parte.

5.2.2.1. Documento en formato mp4 de las declaraciones de las señoras Jonny Morales Aguirre y María del Rosario Rojas, quienes rindieron testimonio ante este Despacho el 5 de agosto de 2021 y del interrogatorio que rindió el demandante en la misma fecha y acta en la que se hacen constar dichas declaraciones.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 6 de abril de 2021, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si el señor DANY FABIÁN DURÁN QUINTANA tiene o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral desde el 1 de febrero de 2007 hasta el 31 de enero de 2019, tiempo en que se afirma estuvo vinculado bajo la modalidad de prestación de servicios en el HOSPITAL PABLO VI I NIVEL, hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E. S. E., y en consecuencia, si tiene o no derecho al pago de salarios y prestaciones que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral, así como al pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social, de la sanción moratoria por falta de pago oportuno, de los daños morales y a las indemnizaciones solicitadas y a la devolución de los dineros pagados por concepto de caja de compensación, retención en la fuente e ICA.

5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”*, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“Artículo 2. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*¹. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, contempla:

“Artículo 1°.- El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.

Artículo 2°.- Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.

Artículo 3°.- Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

Artículo 4°.- Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio

¹ La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes

Artículo 5°- Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.

Artículo 7°.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, establece:

“Artículo 26°.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.
2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:
 - a. Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;
 - b. Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;
 - c. Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.²

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre

² Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-387 de 1996.

nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

Parágrafo.- Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo³.

De lo anterior, se colige que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado en los servicios de salud se conforma por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción; no obstante, hace la distinción que los trabajadores oficiales, se encargan de desempeñar cargos no directivos, esto es, los de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53⁴ la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II *ibídem*, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en 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. 125. - 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 (...)”.

³ Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 1995.

⁴ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Por su parte, en tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados por las Empresas Sociales del Estado, la Ley 100 de 1993, en sus artículos 194 y 195, dispuso:

*“ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las **Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, **sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.***

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...)

*6. **En materia contractual se regirá por el derecho privado**, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública. (...)*” (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, en el numeral 3º del artículo 32, determinó:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

30. Contrato de Prestación de Servicios.

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”⁵

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales:

⁵ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicios: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. *La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. *La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte

del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

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

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el 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, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones

sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.” (Negrillas del Despacho).

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se

entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presenta: i) una prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia y iii) el salario.

Ahora bien, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de 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 laborales⁶.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁷ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el

⁶ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

⁷ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).

Posteriormente, dicha Corporación Judicial -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios, sostuvo:

“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios

95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada».

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente”.

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

“2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye **el elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida– ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. **i) El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico

facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. **ii) El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. **iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. **iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal

(como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral”.

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

“2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.”

Así mismo, en cuanto a la remuneración, afirmó:

“2.3.3.4. Remuneración

“110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”.

5.4. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

5.4.1. De la solicitud de tacha del testimonio de los señores Jonny Morales Aguirre y María del Rosario Rojas.

La apoderada de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonios llevada a cabo el 5 de agosto de 2021, tachó de sospechosos los testimonios de los señores Jonny Morales Aguirre y María del Rosario Rojas, toda vez que promovieron demandas en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. por el mismo tipo de controversia.

Descorrido el traslado de tal solicitud, la apoderada de la parte demandante indicó que no encuentra problema alguno que se le pregunte a los testigos por su relación laboral con el demandante y los aspectos que rodean la controversia puesto que quiénes más idóneos que aquellos que trabajaron con él y pueden dar fe de las circunstancias acaecidas.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*.

A su vez, dicha normativa preceptúa que la tacha deberá formularse con la expresión de las razones en que se funda, sin que se especifique si la misma deba hacerse antes, durante o después de la deposición y prevé que dicha solicitud se resolverá en la sentencia de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento Civil⁸, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

En ese sentido, advierte el Despacho que, en efecto, los declarantes admitieron que interpusieron demandas en contra de la entidad demandada; sin embargo, dicha circunstancia no le resta mérito probatorio a las declaraciones, toda vez que sus testimonios fueron rendidos bajo la gravedad de juramento; amén que los hechos expuestos

⁸ Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192

se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, la versión rendida por los deponentes no resulta parcializada ni afecta su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación del actor a la entidad demandada como compañeros de trabajo del accionante que conocieron de forma directa la manera como este desarrolló su labor, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que las tachas formuladas, son infundadas y, en consecuencia, dichas declaraciones serán valoradas por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

5.5. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, el señor DANY FABIÁN DURÁN QUINTANA, reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en el que prestó sus servicios en el HOSPITAL PABLO VI I NIVEL, ahora Subred Integrada de Servicio de Salud Sur Occidente E.S.E.

Por su parte, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la referida Subred, mediante el Oficio No. 20192100022411 del 12 de febrero de 2019, negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que el vínculo jurídico sostenido con el actor no generó ninguna relación laboral con la entidad.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si en el caso que nos ocupa, se configuran los elementos estructurales de una relación laboral, como lo son: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** la subordinación o dependencia y **iii)** el salario como retribución del servicio.

i) Prestación personal del servicio.

Sobre el particular, cabe resaltar que de la certificación expedida el 20 de diciembre de 2016 por el Asesor Jurídico de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E, así como de los sendos contratos

de prestación de servicios y diversos documentos contractuales obrantes en el expediente, quedó plenamente demostrado que el demandante prestó sus servicios de la siguiente forma:

CONTRATO N°	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN	CARGO
Contrato con Cooperativa, sin información del número	01/02/2007	21/07/2009	FACTURADOR
753/2009	22/07/2009	30/10/2009	FACTURADOR
977/2009	20/11/2009	30/06/2010	FACTURADOR
1432/2010	01/07/2010	31/12/2010	FACTURADOR
178/2011	03/01/2011	30/06/2011	FACTURADOR
1185/2011	01/07/2011	31/10/2011	FACTURADOR
911/2012	02/02/2012	31/10/2012	FACTURADOR
1751/2012	01/11/2012	31/12/2012	TÉCNICO ADMINISTRATIVO
689/2013	01/01/2013	30/09/2013	TÉCNICO SALUD PÚBLICA
2200/2013	09/10/2013	09/12/2013	TÉCNICO ADMINISTRATIVO Y ARCHIVO TERRITORIAL
164/2014	02/01/2014	31/12/2014	AUXILIAR ADMINISTRATIVO
297/2015	02/01/2015	31/12/2015	AUXILIAR ADMINISTRATIVO
110/2016	01/01/2016	30/11/2016	AUXILIAR ADMINISTRATIVO
3655/2016	01/12/2016	10/01/2017	AUXILIAR ADMINISTRATIVO
3144/2017	01/01/2017	31/03/2017	TÉCNICO ADMINISTRATIVO
3805/2017	01/04/2017	31/07/2017	TÉCNICO ADMINISTRATIVO
2307/2017	01/08/2017	15/11/2017	TÉCNICO ADMINISTRATIVO
4833/2017	16/11/2017	15/01/2018	TÉCNICO ADMINISTRATIVO

2852/2018	01/02/2018	31/05/2018	FACTURADOR
4638/2018	05/06/2018	31/01/2019	FACTURADOR

Ahora bien, resulta importante resaltar que el demandante aduce que prestó sus servicios en el Hospital Pablo VI I Nivel, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E desde el 1 de febrero de 2007 hasta el 31 de enero de 2019, sin embargo, la certificación expedida el 20 de diciembre de 2016 por el Asesor Jurídico de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E, indica que la fecha de inicio de los contratos es del 22 de julio de 2009.

Sobre el particular, dentro del expediente obra una certificación expedida por la Coordinadora de personal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Gestión y Calidad Eficiente, bajo la modalidad contractual de Acuerdo de Trabajo Asociado por Autogestión, sin embargo, no se allegó copia del referido contrato y no obra prueba dentro del plenario de que en el marco del mismo, el actor haya sido contratado para prestar sus servicios en el referido centro hospitalario, más allá de la certificación que se mencionó, según la cual:

*“el (la) señor (a) **DURAN QUINTANA DANNY FABIÁN**, identificado (a) con cédula de ciudadanía **No. 80147249** estuvo vinculado (a) a la cooperativa desde el **1 de febrero de 2007 hasta el 21 de Julio de 2.009**, desarrollando la actividad de **FACTURADOR** en el **HOSPITAL PABLO VI BOSA E.S.E.** bajo la modalidad contractual Acuerdo de Trabajo Asociado por Autogestión”*

En ese orden de ideas si bien para el período comprendido entre el 1 de febrero de 2007 y el 21 de julio de 2009 el actor estuvo vinculado a través de Cooperativa de Trabajo y, en consecuencia se generó una relación laboral entre este y tal organización, la cual tenía la obligación de crear un régimen de trabajo asociado que regulara dicha vinculación, lo cierto es que la referida modalidad de contratación no conlleva al desconocimiento de los derechos de los trabajadores dependientes o subordinados respecto de la entidad en la que prestan sus servicios.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo

- Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, a través de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2017, dentro del proceso con radicación No. 23001-23-33-000-2013-00127-01(4082-14), señaló:

“(…)

Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos.

Debido a la naturaleza misma de las cooperativas de trabajo asociado, la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es salario sino una compensación, que se fija teniendo en cuenta estos factores: la función que cada trabajador cumple, la especialidad, el rendimiento, la cantidad y calidad del trabajo aportado. Igualmente, el trabajador asociado tiene derecho a recibir un porcentaje de los excedentes obtenidos por la cooperativa.

Sin embargo, dicha figura asociativa no fue creada por el Legislador para que se desconocieran los derechos de los trabajadores, al punto que, por mandato legal las cooperativas de trabajo asociado que incurran en prácticas deshonestas deben responder ante las autoridades correspondientes. En ese sentido, el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para desconocer o eludir las obligaciones de estirpe laboral con los trabajadores dependientes o subordinados, por ello, la normatividad consagró la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actuaran como empresas de intermediación laboral, disponiendo del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios. Pero de igual manera, es claro que las cooperativas funcionan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, de tal suerte que, cuando el asociado es vinculado con otro ente, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, quien alega la configuración o existencia del contrato realidad con aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber probatorio de acreditar el trípode que la legislación consagra para la configuración de una relación laboral”. (Negrilla del Despacho).

En ese sentido, se colige que, la cooperativa permitió que entre el Hospital Pablo VI y el demandante, se generara una relación laboral, por cuanto, de forma directa, prestó sus servicios a dicho centro hospitalario.

En consecuencia, se encuentra acreditado que el demandante prestó sus servicios en el Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., a través de la celebración de

sendos contratos y órdenes de prestación de servicios personales suscritos desde el 01 de febrero de 2007 hasta el 31 de enero 2019, con funciones de facturador, técnico administrativo y archivo territorial, técnico salud pública, auxiliar administrativo y técnico administrativo, siendo que las funciones de facturar, devolución de facturas, glosas y paso de cuentas a archivo fueron ratificadas en el interrogatorio de parte que rindió el demandante y en las declaraciones de los señores Jonny Morales Aguirre y María del Rosario Rojas Velásquez llevados a cabo el 5 de agosto de 2021.

Así las cosas, se encuentra acreditado que el demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se incorporó en las cláusulas de los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión de los derechos y obligaciones emanados de los mismos.

Al respecto, el señor Jonny Morales Aguirre fue coincidente en señalar que el actor no podía encomendar sus actividades a un tercero de forma autónoma y que desarrollaba sus funciones dentro del Hospital porque en ese lugar se encontraba la aplicación que se utilizaba para hacer la facturación de los servicios que se prestaba.

En ese sentido, se encuentra demostrado que el demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como lo señalaron sus compañeros de trabajo, no podía delegar en otra persona su función.

ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en los contratos de prestación de servicios se estableció que el contratista realizaría su actividad con total autonomía e independencia sin que entre las partes mediara relación laboral; sin embargo, en los mismos se plasmó que el demandante estaba bajo supervisión o control de ejecución del cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, tanto los testigos Jonny Morales Aguirre como María del Rosario Rojas Velásquez, en los testimonios que rindieron, señalaron que

el actor no tenía autonomía, toda vez que las actividades que desarrollaba las hacía porque el Coordinador de facturación o el jefe le daban las órdenes para ello, en lo cual fue coincidente el actor al indicar que la Coordinadora de Facturación Jenny Ávila y la jefe inmediata Astrid Giraldo le brindaban las directrices y órdenes para realizar su labor frente a las funciones encomendadas.

Así mismo, de las declaraciones de los testigos y del demandante se evidencia que las labores desempeñadas por este implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia. Al respecto, los mismos fueron coincidentes en afirmar que este debía cumplir un horario, cuando trabajaba como facturador de 7:00am a 5:00pm y en urgencias de 7:00pm a 7:00am. De igual forma, se evidenció por todos los deponentes y por el actor que los insumos y herramientas con los que laboraba eran suministrados por el hospital, así como el carnet y la ropa de dotación consistente en camisa y corbata.

De otro lado, en los documentos que contienen la descripción de la necesidad que se pretendía satisfacer con los contratos de prestación de servicios suscritos con el demandante, emitidos por el centro hospitalario, se justificó la contratación, indicando que de acuerdo al Manual de Funciones y Competencias Laborales, así como el número de cargos existentes en el Hospital, ante la imposibilidad de atender la actividad con personal de planta, se hacía necesario contratar el recurso humano requerido por el área responsable.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por el actor por más de **11 años**, en el Hospital Pablo VI no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria; amén, que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer su labor y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desarrollar sus funciones atendiendo horarios, usando las herramientas del centro hospitalario y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

iii) Remuneración por el trabajo cumplido.

En cada uno de los contratos y órdenes de prestación de servicios suscritos entre el señor DANY FABIÁN DURÁN QUINTANA y el Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, la cual, se pagaba por mensualidades vencidas o por fraccionamiento de tiempo, previa certificación de pago del interventor, informe mensual de actividades y certificación de pago al Sistema General de Seguridad Social del respectivo mes.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: i) el demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio en el Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., como facturador, técnico administrativo y archivo territorial, técnico salud pública, auxiliar administrativo y técnico administrativo, labores que, valga la pena anotar, **son inherentes a la actividad misional de la entidad contratante**, ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado y iii) actuaba bajo subordinación y dependencia del centro hospitalario al cual prestaba sus servicios.

Al respecto, mediante oficio No. 20214300032863 del 9 de junio de 2021, expedido por el Director Operativo de Gestión del Talento Humano de la entidad demandada, se informó que las funciones de los empleos de **Auxiliar Administrativo Código 09 y 11** del antiguo Hospital Pablo VI Bosa, estaban contenidos en las Resoluciones, Nos. 108 de 2006 y 095 de 2015, de las cuales se evidencia que dichos cargos tienen los siguientes propósitos y funciones:

MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y DE COMPETENCIAS LABORALES	
I. IDENTIFICACION	
Nivel:	Asistencial
Denominación del Empleo:	Auxiliar Administrativo
Código:	407
Grado:	9
No. de cargos	Tres (3)
Dependencia	Donde se ubique el cargo
Cargo del Jefe Inmediato:	Quien ejerza la supervisión Directa
II. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Realizar labores de nivel auxiliar relacionadas con la operación técnica de equipos de radioteléfono a fin de mantener comunicación con las entidades hospitalarias, el centro regulador de urgencias y los móviles de la Institución.	

III. DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES
AREA FUNCIONAL ASISTENCIAL
1. Operar el equipo de radio asignado transmitir, recibir, registrar mensajes aplicando códigos.
2. Establecer contactos con el Centro Regulador de Urgencias, las Instituciones o ambulancias que den respuesta oportuna.
3. Solicitar asesoría e Instrucciones al médico para determinar el estado del paciente pidiendo remisión y medio de transporte.
4. Mantener ordenado su sitio de trabajo y los equipos en óptimas condiciones velando por su mantenimiento preventivo y correctivo.
5. Registrar en el formato correspondiente las remisiones realizadas en cada turno.
6. Informar al médico jefe de turno la aceptación del paciente remitido, las condiciones de este y los medios de transporte.
7. Reportar al médico director las novedades presentadas así como las fallas en el funcionamiento de los equipos.
8. Identificar la estación de radio y reportar los casos particulares establecidos según la reglamentación.
9. Informar a la central de radio de la Secretaría Distrital de Salud el cambio de turno de los radio operadores o las novedades que se presenten.
10. Conocer y reportar a la secretaria Distrital de Salud sobre camas disponibles, recurso médico y paramédico existente en caso de emergencias como catástrofes, inundaciones y alertas rojas que necesiten de prioridad.
11. Identificar problemas de índole socioeconómica de los pacientes y realizar los trámites administrativos tendientes a facilitar su solución.
12. Dilligenciar de manera clara y completa todos los documentos y formatos necesarios para la remisión del usuario.
13. Actualizar los procesos y procedimientos inherentes a su cargo.
14. Realizar el Control Interno sobre las funciones propias del cargo.
15. Ejercer las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la

Nivel:	Asistencial
Denominación del Empleo:	Auxiliar Administrativo
Código:	407
Grado:	11
No. De empleos	Uno (1)
Dependencia	Donde se ubique el empleo
Empleo del Jefe Inmediato:	Quien ejerza la supervisión Directa

II. PROPÓSITO PRINCIPAL

Brindar apoyo asistencial al área administrativa obedeciendo a los lineamientos administrativos con el fin de contribuir al mejoramiento institucional con criterios de oportunidad y calidad.

III. DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES

AREA FUNCIONAL: ADMINISTRATIVA, TALENTO HUMANO, FISICOS O FINANCIERA

1. Realizar las llamadas telefónicas que requiera el jefe inmediato para el desempeño de sus actividades.
2. Digitar y mantener actualizadas la correspondencia, las tarjetas, los oficios e informes y demás documentos que se requieran en el área de trabajo.
3. Realizar el manejo de la documentación propia del área y del archivo, tanto activo como inactivo, manteniéndolo actualizado y foliado.
4. Atender a los usuarios que acudan a la dependencia asignada.
5. Recopilar las necesidades de reproducción de copias que requiera el área asignada y tramitar la reproducción de las mismas.
6. Organizar el ingreso y retiro de los documentos que deban ser firmados por el jefe inmediato del área respectiva.
7. Proyectar cartas, memorandos, actos administrativos, circulares, informes y demás documentos propios del área de su competencia.
8. Llevar el sistema de control y seguimiento por asunto, citas, entrevistas, compromisos y eventos en general de las áreas de su competencia.
9. Responder por la reserva de la información que en razón de su trabajo deba manejar.
10. Elaborar cuadros estadísticos solicitados por el jefe inmediato.
11. Examinar cuentas, datos, anexos y operaciones del área de trabajo.
12. Participar en las actividades definidas en el plan de trabajo de propias del área asignada.
13. Participar en la elaboración de los cronogramas de cada una de las actividades a desarrollar por el área asignada.
14. Ingresar los registros y datos necesarios para mantener el módulo del sistema de información institucional actualizado.
15. Realizar las actividades pertinentes para alcanzar el cumplimiento de las metas contractuales y/o de planes y/o proyectos formulados, en el área asignada.
16. Coadyuvar al cumplimiento del plan de gestión institucional, a través del cumplimiento de las metas contractuales establecidas en los planes y proyectos en el área asignada.
17. Promover el cuidado y custodia del patrimonio institucional y responder por los elementos dados a su responsabilidad.
18. Diligenciar de manera clara, completa y oportuna, los instrumentos que le sean encomendados para el ejercicio de su actividad.
19. Conocer, promover y aplicar las Normas de Gestión Ambiental, residuos hospitalarios, manual de higiene y seguridad industrial, programa de salud ocupacional, planes de emergencia, para proteger la salud en el trabajo aplicando las técnicas de Bioseguridad.
20. Realizar el ejercicio de autocontrol, autorregulación y autogestión en la actividades desarrolladas.
21. Aplicar y participar en la actualización, formulación de las guías, protocolos, procesos y procedimientos formulados en la institución.
22. Utilizar de manera racional los recursos asignados a la prestación de
23. Aplicar los procesos, subprocesos y procedimientos definidos en el Manual de Calidad de la institución.
24. Realizar la prestación de los servicios en el marco de los convenios y planes de beneficios.
25. Formular y ejecutar las acciones preventivas y/o correctivas, y/o plan de mejoramiento a que haya lugar.
26. Las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del empleo.

I. IDENTIFICACION DEL EMPLEO	
NIVEL:	Asistencial
DENOMINACION DEL EMPLEO:	Auxiliar Administrativo
CODIGO:	407
GRADO:	11
Nº CARGOS:	Uno (1)
DEPENDENCIA:	Donde se ubique el cargo
CARGO DEL JEFE INMEDIATO:	Quien ejerza la supervisión directa.
II. AREA FUNCIONAL	
SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA – AREA FUNCIONAL ADMINISTRATIVA, RECURSOS FISICOS, TALENTO HUMANO.	
III. PROPOSITO PRINCIPAL:	
Realizar las actividades de gestión documental y apoyo administrativo encomendadas, de acuerdo con la misión y el funcionamiento de la dependencia asignada, en concordancia con los procesos y procedimientos establecidos.	
IV. DESCRIPCION DE LAS FUNCIONES ESSENCIALES	
1. Realizar las funciones del nivel auxiliar administrativo encomendadas de acuerdo con el funcionamiento de la dependencia. 2. Elaborar y procesar informes y demás documentos que se requieran en la dependencia.	
3. Apoyar la implementación de desarrollos informáticos necesarios del área asignada. 4. Cumplir con los procesos y procedimientos establecidos en el manual de calidad de la institución. 5. Cumplir con los procedimientos de gestión documental y archivista según la normatividad vigente y lineamientos institucionales. 6. Conocer, promover y aplicar el Sistema Integrado de Gestión con sus ocho componentes: Sistema de Gestión de Calidad, Sistema de Control Interno, Sistema de Seguridad y Salud Ocupacional, Sistema de Gestión Ambiental, Sistema de Gestión de la Seguridad de la Información, Sistema de Gestión Documental y Archivo, Sistema de Desarrollo Administrativo y Sistema de Responsabilidad Social. 7. Desarrollar las estrategias de gestión local y participación social, con los diferentes actores locales y Distritales con el fin de garantizar la pertinencia y efectividad de las intervenciones en salud. 8. Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.	

I. IDENTIFICACION DEL EMPLEO	
NIVEL:	Asistencial
DENOMINACION DEL EMPLEO:	Auxiliar Administrativo
CODIGO:	407
GRADO:	09
Nº CARGOS:	Tres (3)
DEPENDENCIA:	Donde se ubique el cargo
CARGO DEL JEFE INMEDIATO:	Quien ejerza la supervisión directa.
II. AREA FUNCIONAL	
SUBGERENCIA DE SERVICIOS ASISTENCIALES – RADIOOPERADOR	
III. PROPOSITO PRINCIPAL:	
Gestionar la comunicación propia del Sistema de Referencia y Contra Referencia de los usuarios del Hospital, en coordinación con el equipo interdisciplinario, cumplimiento los procesos y procedimientos institucionales y normatividad vigente.	
IV. DESCRIPCION DE LAS FUNCIONES ESSENCIALES	
1. Aplicar los procedimientos y protocolos de comunicación Distritales y Nacionales para garantizar la efectiva y oportuna referencia y contra referencia de los usuarios del Hospital. 2. Elaborar los registros establecidos en el sistema de referencia y contra referencia de los usuarios en forma horaria, documentando la respuesta de la IPS con la cual se estableció la comunicación y el reporte de información a los profesionales tratantes, cumpliendo con lo establecido en el procedimiento de Gestión Documental Integral. 3. Gestionar la solicitud de ambulancia ante el CRUE o la Entidad Administradora de Planes de Beneficios, garantizando la oportunidad y cumplimiento del tipo de traslado ordenado por el médico tratante. 4. Mantener comunicación efectiva con el médico tratante a nivel interno y externo; solicitando la actualización de la condición clínica del paciente y documentando las acciones realizadas en el proceso de remisión. 5. Efectuar seguimiento y registro de los pacientes referidos para la realización de estudios de apoyo diagnóstico o interconsultas, gestionando el traslado oportuno al Hospital. 6. Conocer, promover y aplicar el Sistema Integrado de Gestión con sus ocho componentes: Sistema de Gestión de Calidad, Sistema de Control Interno, Sistema de Seguridad y Salud Ocupacional, Sistema de Gestión Ambiental, Sistema de Gestión de la Seguridad de la Información, Sistema de Gestión Documental y Archivo, Sistema de Desarrollo Administrativo y Sistema de Responsabilidad Social. 7. Desarrollar las estrategias de gestión local y participación social, con los diferentes actores locales y Distritales con el fin de garantizar la pertinencia y efectividad de las intervenciones en salud. 8. Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.	

En ese sentido, se evidencia que las labores que desempeñó el demandante de orden administrativo como la verificación de derechos y facturación de servicios prestados, ingreso de pacientes, paso de cuentas a archivo, entrega de correspondencia interna y externa, gestión ambiental e institucional, entre otras, las ejercen empleados de planta de la entidad; sin embargo, como quedó sentado en los contratos de prestación de servicios y en las justificaciones de los mismos, para el correcto desarrollo de su objeto misional fue necesario la contratación del señor Dany Fabián Durán Quintana, debido a la falta de personal del Hospital Pablo VI Bosa E.S.E.

Así las cosas, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “*la primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleos de **Auxiliar Administrativo – Código 407 – Grados 09 y 11**, cargo que pertenece a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de las órdenes y contratos suscritos entre el Hospital Pablo VI Bosa E. S. E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E. S. E. y el señor Dany Fabián Durán Quintana, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que haya lugar, debidamente indexadas como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer al demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir que **no por el hecho de que se tipifique la relación laboral el hoy demandante adquiere la calidad de empleado público**, pues como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, para ostentar dicha calidad, es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución Política, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, así como que se cumplan los requisitos de ley, como son

el nombramiento y la posesión, y, pese a que el empleo desempeñado por el actor hace parte de la planta de personal del Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., no se reúnen a satisfacción los demás requisitos.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, mediante la sentencia proferida el 21 de julio de 2016, dentro del proceso No. 25000-2325-000-2010-00373-01, señaló:

“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos⁹, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión¹⁰.

Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.

5.4.2 Del restablecimiento del derecho.

En este punto, se observa que las pretensiones de la demanda persiguen

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

reconocimientos de emolumentos laborales, indemnizaciones o sanciones, y devoluciones por pagos efectuados como contratista, frente a los cuales el Juzgado se pronunciará en los siguientes términos:

5.4.2.1 Emolumentos laborales. El actor solicita con la demanda que se le reconozcan los emolumentos que devenga el personal de planta, específicamente, pretende los siguientes: (i) los salarios o diferencia salarial con los empleados de planta, (ii) el reconocimiento de las primas, cesantías, intereses a las cesantías, sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías, devolución de dineros por concepto de pagos de salud y pensión, caja de compensación familiar, retención en la fuente e I.C.A y vacaciones, indemnizaciones.

5.4.2.1.1 El salario. La jurisprudencia del Consejo de Estado tiene establecido que el restablecimiento del derecho no opera frente al salario, porque la existencia de la relación laboral no otorga la condición de empleado público, por lo cual el salario corresponde a los honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, que como se ha visto, se pagaron durante la ejecución laboral.

Así las cosas, no hay lugar al reconocimiento del salario del empleado de planta, y por ende, no se reconocerán las diferencias salariales entre la remuneración pactada en los contratos y el salario del empleado público que desempeña iguales funciones a las establecidas en los contratos celebrados con la demandante.

5.4.2.1.2 Las prestaciones sociales. En esta dirección, el Consejo de Estado ha señalado que el restablecimiento del derecho se contrae a reconocer las prestaciones sociales devengadas por un empleado de planta en el cargo equivalente a las funciones desempeñadas o contratadas, las que se liquidarán con base en los honorarios pactados en los sucesivos contratos de prestación de servicios. Al respecto, precisó que las prestaciones sociales que son objeto de reconocimiento en este tipo de asuntos, **son las ordinarias o comunes**, las que clasifica en las que corresponden al empleador y a la seguridad social, en los siguientes

términos¹¹:

“(…)

Ahora, frente a cuáles son las prestaciones sociales susceptibles de ser reconocidas, esta Subsección, en providencia del 21 de junio de 2018 sobre un asunto fáctico y jurídico similar, dispuso que estas son¹²:

- *Las prestaciones sociales ordinarias o comunes que perciben los empleados públicos de la entidad demandada, las cuales se encuentra a cargo directamente del empleador, como son las primas o las cesantías, entre otras, y;*
- *Las prestaciones sociales a cargo del sistema general de seguridad social como los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que se encuentran a cargo directamente del empleador; y a salud y pensiones que son compartidas entre el empleador y el trabajador.”*

Ahora bien, por **prestaciones sociales ordinarias o comunes**, la jurisprudencia se ha referido a las prestaciones sociales a cargo del empleador en términos generales, pues ha indicado que están constituidas por todas aquellas de carácter legal como las primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías que devengan el empleado del cargo equivalente al desempeñado por el contratista, **las cuales le corresponde determinar a la entidad al hacer la correspondiente liquidación**, según el siguiente aparte jurisprudencial:¹³.

“(…)

*Frente al reconocimiento de otras prestaciones sociales, cabe destacar que esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2016¹⁴, precisó que «con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, [...] acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral. **Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del***

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15)

¹² Ídem.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del 28 de octubre de 2021. Ra. 25000-23-42-000-2015-04331-01(0238-18),

¹⁴ Expediente 810012333000201200020-01 (316-2014).

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

Asimismo, en providencia de 6 de octubre siguiente¹⁵, aclaró que «el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que no es posible reconocer prestaciones sociales de carácter extralegal que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando el accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas».

En virtud del derrotero jurisprudencial expuesto, al actor le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un empleado de planta del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS) con iguales o similares funciones a las que él desempeñaba, tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, **mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que él carece.**

En ese sentido, le corresponderá al ente accionado al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales que serán objeto de liquidación a favor del actor.” (negrillas a propósito).

Así mismo, dicha Corporación Judicial se ha referido en forma concreta a las siguientes prestaciones:

(i) vacaciones

En sentencia del 19 de abril de 2018, dentro del expediente No. 81001-23-33-3000-2013-00096-01, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, se señaló que las vacaciones son un descanso remunerado que, por no haber sido disfrutado, se tienen que compensar en dinero, así:

“(…)

Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato realidad-, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada

¹⁵ Expediente 660012333000201300091 01(0237-2014).

año de servicios-, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978, que dispone:

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, 4.] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo»

*Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, **corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria**, pero como quiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005.*

Sin embargo, el pago de la compensación por el descanso no disfrutó la accionante solo comprenderá lo causado a partir del 24 de enero de 2010, en atención al fenecimiento de la oportunidad para reclamarlo...”
(Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, en la sentencia de 30 de septiembre de 2021, dicha corporación judicial se expresó¹⁶ en los siguientes términos:

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del 30 de septiembre de 2021. Rad. 20001-23-39-000-2015-00300-02(6249-19)

“(…)

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados¹⁷, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978¹⁸, que dispone:

Artículo 20º.- De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;

b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016¹⁹, la sección segunda de esta Corporación determinó, entre otras reglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, «[...] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero esa garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005²⁰.

¹⁷ De conformidad con el Decreto 3135 de 1968, **«por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales»**, artículo 8º, «Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por los reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosos [...]».

¹⁸ Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República mediante ley 51 de 1978, «[...] por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional».

¹⁹ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

²⁰ «Artículo 1º. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de

Bajo dichos pronunciamientos Jurisprudenciales es claro el derecho que le asiste al demandante de la compensación en dinero de las vacaciones, en razón a que constituye una prestación social, de conformidad con el principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.

(ii) Dotación de Calzado y vestido de labor.

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018²¹, indicó:

“Sobre la “dotación de calzado y vestido de labor” que solicita el demandante a título de restablecimiento del derecho, no es procedente en la medida en que el artículo 1 de la Ley 70 de 1988 reguló el derecho que le asiste a “los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente (...) resaltado fuera del texto”, supuestos que no concurren en el caso concreto⁸⁵”.

De conformidad con la jurisprudencia en cita, encuentra el Despacho que al demandante **le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la dotación**, dado que los honorarios que percibió por las funciones que desarrolló, en muchas ocasiones no superan dos veces el salario mínimo legal mensual para cada vigencia, tal como se desprende de los valores contractuales. En consecuencia, en los períodos que corresponda, la entidad demandada deberá realizar el pago del derecho que aquí se reconoce.

trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado».

²¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018, M. P. Dr.: César Palomino Cortés, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00799-01, actor: Pablo Emilio Torres Garrido, demandado: E.S.E Centro de Salud Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander.

5.4.3. Prestaciones sociales de la seguridad social.

Respecto de las prestaciones de la seguridad social, únicamente se ordena realizar las cotizaciones para pensión. En efecto, la misma sentencia de Unificación que se viene de leer, sobre los aportes no efectuados por la parte contratante al fondo de pensiones, dispuso:

“(…)

De igual manera la entidad demandada deberá a título de restablecimiento del derecho tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Manco Quiroz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por último, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra deberá pagar o completar según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora”.

En consecuencia, la entidad demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones del actor la suma faltante por concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, con fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados y así se ordenará en la parte resolutive de la presente providencia

5.4.4 Sanciones e indemnizaciones

Existen otras pretensiones que se refieren a indemnizaciones o sanciones por pagos extemporáneos o morosos, que la jurisprudencia ha venido denegando, por no darse los presupuestos para el efecto, así:

5.4.4.1. Sanción por mora en el pago de cesantías

Frente a la sanción moratoria deprecada, la Jurisprudencia del Consejo de Estado en la sentencia del 17 de junio de 2021, ya citada, ha señalado que “.....no hay lugar a tal reconocimiento, toda vez que a partir de esta sentencia surge la obligación del pago de las prestaciones al beneficiario, por lo que no es viable acceder a esa pretensión”²², razón suficiente para no dar prosperidad a dicha pretensión.

5.4.4.2. Indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales.

El Consejo de Estado, en la sentencia del 4 de noviembre de 2021, tantas veces mencionada, ha señalado que el beneficio reclamado sólo aplica para los trabajadores oficiales, más no en las relaciones laborales administrativas, así:

“(...)

Indemnización moratoria en los términos del Decreto 797 de 1949: El Decreto 797 de 1949 concede un periodo de gracia de 90 días a las entidades que contraten trabajadores oficiales para poner a su disposición todos los valores que por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones se hallen insolutos en el momento en que termine el contrato; lo que significa que si vencido el aludido lapso el empleador no realiza el pago, se genera en favor del trabajador una mora.

Sin embargo, dentro del sub judice no habrá lugar a su reconocimiento como quiera que dicha sanción es reconocida a los trabajadores oficiales, categoría que no ostenta la señora Carmela Amparo Arciniegas Gómez.”.

Bajo dicho pronunciamiento, también deberá ser denegada la pretensión encaminada al reconocimiento por mora en el pago de las prestaciones sociales que serán reconocidas a favor del actor.

5.4.4.3. Indemnización por despido injusto.

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05489-01(1572-18).

La pretensión relativa a que se reconozca dicha indemnización no habrá de prosperar, toda vez que el Consejo de Estado en la sentencia del 4 de noviembre de 2021, tantas veces citada, ha considerado que sólo aplica a las vinculaciones realizadas a través de contratos de trabajo, más no cuando la relación laboral se originó en un contrato de prestación de servicios, así:

“(…)

Indemnización por despido sin justa causa: No procede el reconocimiento de esta indemnización porque conforme lo prevé el Decreto 2127 de 1945 la misma se deriva de la finalización injustificada del contrato de trabajo, y en el presente asunto la actora no fue vinculada a través de éste”.

5.4.5. Devoluciones por pagos como contratista.

5.4.5.1 Devolución de aportes a la seguridad social (pensión, salud y riesgos profesionales).

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por el contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, por cuanto no existe una disposición de orden legal que señale expresamente un término que extinga la posibilidad de reclamarlos en cualquier tiempo, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, al indicar: *“Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista”.*

Sin embargo, en la aludida sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2021, aclarada el 11 de noviembre del mismo año, se dispuso la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el Contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

“(…)

3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por**

parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal” (Negrilla del texto original y subrayado del despacho).

Y más adelante, indicó:

*“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».137 Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal» (Negrillas del texto original).*

En ese sentido, esta Juzgadora varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que **es improcedente el reembolso de los aportes a salud que el contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.**

Ahora bien, en sentencia del 17 de junio de 2021, el Consejo de Estado señaló que los aportes a pensión, salud y riesgos profesionales no constituyen créditos a favor del demandante, pues pertenecen al Sistema en cuanto se causan conforme a la ley, en los siguientes términos:

“(…)

*En lo referente a **la devolución de los aportes efectuados por el demandante a pensión, salud y riesgos profesionales**, lo cierto es que, en criterio de la sala mayoritaria²³, esos recursos del sistema*

²³ Del cual en pronunciamientos anteriores se ha apartado el suscrito ponente, porque la devolución del porcentaje de cotizaciones al sistema integral de seguridad social en salud y pensiones hace parte del restablecimiento del derecho del demandante (lo que estará sujeto al fenómeno prescriptivo), y una decisión en contrario podría constituir un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad estatal demandada. De

*integral de seguridad social son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos **y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado.** En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por los mencionados conceptos.”.* (negrillas del Despacho)

Por lo anterior, no procede ordenar la devolución de los aportes a pensión, salud y riesgos profesionales que efectuó el demandante en su calidad de contratista de la entidad demandada, como quiera que éstos fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social al existir una obligación legal de realizar dicha contribución, los cuales por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal no admiten otro tipo de destinación que el sostenimiento mismo del sistema.

5.4.5.2 De la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente e I.C.A.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E”, C. P. Dr. Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon, en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2018, dentro del proceso No. 11001-33-31-030-2012-00117-01, precisó:

*“De otra parte, tal y como lo dispuesto el juez de primera instancia **no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados por la actora por concepto de retención en la fuente** y pagos de pólizas de seguros, pues si bien como se dijo la vinculación de origen contractual se desnaturalizó, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con motivo de la relación laboral oculta, más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato”.* (Negrilla del Despacho).

Posteriormente, la referida Corporación Judicial, Sección Segunda Subsección “B” en sentencia del 28 de febrero de 2019²⁴, Magistrado

igual manera, una cosa es que las entidades completen al sistema los aportes correspondientes a pensión (que comporta un derecho imprescriptible), como se dejó sentado en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, y otra, la devolución de lo que el demandante tuvo que sufragar respecto del porcentaje que correspondía a su empleador, que, se insiste, integra su restablecimiento del derecho.

²⁴ Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

Ponente: Doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

*“(…) En cuanto a la **devolución de retefuente** y rete ICA pretendidas por el actor, **no es del caso acceder a ello**, toda vez, que tratándose de valores pagados por concepto de retención en la fuente o rete ICA en contratos realidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó, que ‘... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión’²⁵” (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso al actor de la retención en la fuente que aduce se efectuó sobre cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, ya que comprenden dineros que en su momento se giraron a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, lo que hace irreversible tal situación, razón por la cual no se dispondrá el reconocimiento y pago de dichos conceptos a favor del demandante.

5.5. De la prescripción.

En este acápite se estudiará la excepción de prescripción, propuesta por la entidad demandada, precisando que este Despacho en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, había adoptado el precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01, según la cual “...

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de junio de 2013, C.P., Dr. Luis Rafael Vergara Quintero y Sentencia de 27 de abril de 2016, rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). C.P. Dr. William Hernández Gómez.

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”, y en ese sentido, daba aplicación, a lo dispuesto por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013- 00689-01(3300-14), que dispuso que “... *la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive*”.

Ahora bien, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021²⁶**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143- 01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre del mismo año, respecto al fenómeno prescriptivo, dispuso:

“(...)

3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad.

137. Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.

138. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar

²⁶ Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. **Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.**

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

(...).

Y más adelante, agregó:

“3.2.1. Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a

que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

[...] 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.

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

[...] 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**. (Negrillas del texto)

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se reitera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el

artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, **se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.**

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, **no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual.** En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse” (Negrilla del texto original).

Así las cosas, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, para efectos de determinar la ocurrencia de la prescripción.

Ahora bien, de conformidad con la certificación expedida por el Asesor Jurídico de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E el 20 de diciembre de 2016, así como de los contratos aportados al plenario, los mismos fueron celebrados así:

CONTRATO N°	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN
Contrato Cooperativa, N/A	01/02/2007	21/07/2009
753/2009	22/07/2009	30/10/2009
977/2009	20/11/2009	30/06/2010
1432/2010	01/07/2010	31/12/2010
178/2011	03/01/2011	30/06/2011
1185/2011	01/07/2011	31/10/2011
911/2012	02/02/2012	31/10/2012
1751/2012	01/11/2012	31/12/2012

689/2013	01/01/2013	30/09/2013
2200/2013	09/10/2013	31/12/2013
164/2014	02/01/2014	31/12/2014
297/2015	02/01/2015	31/12/2015
110/2016	01/01/2016	30/11/2016
3655/2016	01/12/2016	10/01/2017
3144/2017	01/01/2017	31/03/2017
3805/2017	01/04/2017	31/07/2017
2307/2017	01/08/2017	15/11/2017
4833/2017	16/11/2017	15/01/2018
2852/2018	01/02/2018	31/05/2018
4638/2018	05/06/2018	31/01/2019

Como puede verse, entre uno y otro de los contratos de prestación de servicios, existen lapsos de interrupción en los que el demandante no prestó sus servicios por más de treinta (30) días hábiles a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, de modo tal, que se genera interrupción que desvirtúa la permanencia en el servicio.

Así las cosas, en consideración a que el demandante presentó reclamación administrativa mediante escrito del 24 de enero de 2019 y que entre el contrato que finalizó el 31 de octubre de 2011 y el que inició el 02 de febrero de 2012, existió una interrupción de más de treinta (30) días, los contratos celebrados con anterioridad al 31 de octubre de 2011, se encuentran prescritos y así habrá de declararse.

En ese sentido, será a partir de los contratos determinados a continuación que se hará el reconocimiento salarial y prestacional reclamado, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, pues de las pruebas documentales obrantes en el plenario, se advierte que únicamente sobre dichos periodos hubo vocación de permanencia en la labor, así:

02/02/2012	31/10/2012
01/11/2012	31/12/2012

01/01/2013	30/09/2013
09/10/2013	31/12/2013
02/01/2014	31/12/2014
02/01/2015	31/12/2015
01/01/2016	30/11/2016
01/12/2016	10/01/2017
01/01/2017	31/03/2017
01/04/2017	31/07/2017
01/08/2017	15/11/2017
16/11/2017	15/01/2018
01/02/2018	31/05/2018
05/06/2018	31/01/2019

5.5.1. Prescripción los aportes no efectuados por el contratante al Sistema General de Pensiones.

Respecto de la prescripción de los aportes no efectuados al Sistema General de Pensiones, la sentencia de unificación dispuso:

“Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a 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, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

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

Así las cosas, debido a que se trata de aportes pensionales no están sometidos al fenómeno de la prescripción.

5.6. COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI.RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de la relación laboral entre el señor DANY FABIÁN DURÁN QUINTANA, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.147.249 de Bogotá y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. – antes-HOSPITAL PABLO VI I NIVEL.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del Oficio No. 20192100022411 del 12 de febrero de 2019, a través del cual la doctora Carmenza Manotas Bueno, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, negó al actor el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que se derivaron de la existencia de una relación laboral.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. – antes- HOSPITAL PABLO VI I NIVEL, **RECONOCER Y PAGAR** al señor DANY FABIÁN DURÁN QUINTANA, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.147.249 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales, que devenga un **Profesional Universitario Código 219 Grado 09**, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los siguientes contratos:

911/2012	02/02/2012	31/10/2012
1751/2012	01/11/2012	31/12/2012
689/2013	01/01/2013	30/09/2013
2200/2013	09/10/2013	31/12/2013
164/2014	02/01/2014	31/12/2014
297/2015	02/01/2015	31/12/2015
110/2016	01/01/2016	30/11/2016
3655/2016	01/12/2016	10/01/2017
3144/2017	01/01/2017	31/03/2017
3805/2017	01/04/2017	31/07/2017
2307/2017	01/08/2017	15/11/2017
4833/2017	16/11/2017	15/01/2018
2852/2018	01/02/2018	31/05/2018
4638/2018	05/06/2018	31/01/2019

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo reconocido en la presente sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

CUARTO.- ORDENAR a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. – antes-HOSPITAL PABLO VI I NIVEL a:

i) **PAGAR** al señor DANY FABIÁN DURÁN QUINTANA, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.147.249 de Bogotá, los valores que canceló por concepto de **pensión** en virtud de las órdenes y contratos de prestación de servicios, según los porcentajes fijados por Ley al empleador, durante el tiempo comprendido entre el **01 de febrero de 2007 y el 31 de enero**

de 2019.

ii) En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por la actora para **pensión** y los que se debieron efectuar **COTIZAR** la suma faltante por concepto de aportes solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema, durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no los hubiese hecho o existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

iii) **ACTUALIZAR** tales sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde al concepto de pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente

QUINTO.- Sin costas a cargo de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. – HOSPITAL PABLO VI I NIVEL.

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

OCTAVO.- Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso

último del artículo 192 ibídem.

NOVENO.- La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor, excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 009 de hoy 13 de mayo de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez
Juez
Juzgado Administrativo
018
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:

**02aaf39aba2ba2a7fe58bce18e257035cfcbb54678ac1db794fcb945fde
54957**

Documento generado en 12/05/2022 01:10:35 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2018-00091-00
Demandante:	MYRIAM YOLANDA CASTILLO DÍAZ
Demandado:	CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Asunto:	SENTENCIA

La señora **MYRIAM YOLANDA CASTILLO DÍAZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.644.109 de Bogotá, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES.

Las pretensiones en que se sustenta la demanda fueron precisadas en la continuación de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 17 de septiembre de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. La señora MYRIAM YOLANDA CASTILLO DÍAZ, viene laborando

en la Contraloría General de la República como Profesional Universitario Grado 1, desde el 22 de mayo de 1990 hasta la presente fecha.

1.2.2. La demandante tiene derecho al otorgamiento de la prima técnica, de conformidad con el numeral 5° del artículo 113 de la Ley 106 de 1993.

1.2.3. Mediante Oficio No. 2014IE0022506 de 10 febrero de 2014, la demandante solicitó ante la Contraloría el reconocimiento de la prima técnica.

1.2.4. A través del Oficio No. 2014IE0035153 del 1 de marzo de 2014, la Contralora General, manifiesta la no viabilidad de acceder a la petición de reconocer y pagar la prima técnica.

1.2.5. Por medio dirigido al Contralor General, radicado bajo el No. 2017IE0071386 del 6 de septiembre de 2017, la demandante solicita nuevamente la prima técnica teniendo en cuenta que se trata de un derecho adquirido de tracto sucesivo ya que es una prestación social y por haber consolidado los requisitos mínimos al momento de la posesión del cargo y por ser funcionario del nivel profesional.

1.2.6. Mediante Oficio 2017/E0078705 del 27 de septiembre de 2017, la Contralora General manifiesta que reitera el Oficio 2014/E0035153 del 1 de marzo de 2014, por medio del cual se dio contestación a la solicitud con radicado 2014/E0022506 del 10 de febrero de 2014 con relación al reconocimiento y pago de la prima técnica.

1.2.7. La demandante indica que, para la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 2017, contaba con título profesional y especialización lo cual implica que excedía los requisitos mínimos para acceder al beneficio, pues el título de abogada lo obtuvo el 6 de diciembre de 1985 y el de especialización el 16 de diciembre de 1994.

1.2.8. El Manual de Funciones y Requisitos Mínimos de la Contraloría General de la República, expedido mediante la Resolución Orgánica No. 013578 del 19 de julio de 1990, contiene las funciones que desempeña la demandante y permiten establecer que la experiencia y los estudios profesionales y especializados fueron desarrollados y tienen que ver con las funciones propias de su cargo.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte demandante, estima desconocidas las siguientes normas:

2.1. Constitucionales: Artículos 2, 13, 150 ordinal 19, 189 ordinal 14 y 243.

2.2. Legales: Artículos 2 y 10 de la Ley 4 de 1992, artículo 113 numeral 5 de la Ley 106 de 1993, artículos 45 a 48 de la Ley 270 de 1996 y artículo 21 del Decreto 2067 de 1991.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Sobre el particular, sostuvo que la Resolución No.03398 del 4 de febrero de 1994, expedida por el Contralor General de la República, en concordancia con el artículo 113 de la Ley 106 de 1993, estableció los requisitos mínimos para acceder a cargos del nivel profesional en la Contraloría y la demandante cumplía ampliamente con esos requisitos, razón por la cual fue designada como Profesional Universitario y en carrera administrativa.

Se refirió a la constitucionalidad del artículo 113 de la Ley 106 de 1993 e indicó que el Gobierno Nacional cuenta con la facultad de reglamentar los requisitos mínimos que deben cumplirse para acceder a la prima técnica, como en efecto hizo con el Decreto 1384 de 1996, pero no de eliminarla o restringirla para un grupo de trabajadores, pues ello

pertenece a la reserva de la competencia del legislativo relativa a la definición de los criterios y objetivos generales del régimen salarial y prestacional.

Arguye que la prima técnica establecida en la norma citada, se encuentra plenamente vigente.

III. CONTESTACIÓN.

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **13 de septiembre de 2018**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Indicó que si bien el artículo 113) numeral 5° de la Ley 106 de 1993, tenía en cuenta el nivel profesional a efectos de estudiar la posibilidad de otorgar mediante acto administrativo la prima técnica a funcionarios de la Contraloría General de la República, posteriormente, a través del Decreto 1724 de 1997 el Gobierno contempló como beneficiarios de esta prestación a los niveles directivo, asesor o ejecutivo, eliminando el nivel profesional.

Afirmó que el artículo 1 del Decreto 1336 de 2003, por el cual se modificó el régimen de prima técnica de los empleados del estado tampoco contempló al nivel profesional; por consiguiente, la Dirección de Ordenamiento Jurídico del Ministerio del Interior y de Justicia mediante Oficio OFI07-8654-DOJ-1300 del 9 de abril de 2007, indicó que a la luz de los artículos 1 de la Ley 4 de 1992, 1 del Decreto 1724 de 1997 y 1 del Decreto 1336 de 2003, el inciso primero del ordinal 5 del artículo 113 de la Ley 106 de 1993 se encuentra parcialmente derogado, en forma tácita.

En cuanto a los requisitos mínimos para ser beneficiario de la prima técnica indicó que la demandante entró en el escalafón de carrera

administrativa el 23 de febrero de 1995 a través de la Resolución No. 002286 en el cargo de Profesional Universitario Nivel Profesional -Grado 10- y que los requisitos mínimos del cargo de acuerdo con la Resolución No. 03398 de 4 de febrero de 1994, artículo 12 para Profesional Universitario Grado 10 eran título profesional y 3 años de experiencia profesional o relacionada.

Arguyó que, antes de que se eliminara la prima técnica en el nivel profesional, esto es antes del 4 de julio de 1997, la demandante tenía título profesional del abogado y especialización en derecho de familia, no obstante, no acreditaba 3 años de experiencia altamente calificada, solo contaba con 2 años y 6 meses y el posgrado no estaba relacionado con las funciones de su cargo.

De otra parte, propuso las excepciones de:

i) Prescripción trienal: Menciona que en el caso que se llegue a reconocer la prima técnica, se debe decretar la prescripción de los emolumentos causados y no reclamados dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho.

ii) Innominada: Solicitó que todos los hechos que configuren excepción que surjan en el desarrollo del proceso sean declarados a favor de la entidad demandada.

Igualmente, propuso la excepción de **“Caducidad del medio de control”**, la cual se declaró probada por el Despacho en la Audiencia Inicial llevada a cabo el **19 de marzo de 2019**, dándose por terminado el proceso, decisión que fue revocada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Segunda- Subsección “A”, mediante providencia del 18 de julio de 2019.

Así mismo, propuso la excepción de **“Ineptitud sustantiva”**, la cual se declaró no probada en la continuación de la Audiencia Inicial que se llevó a cabo el 17 de septiembre de 2020.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

La parte demandante no presentó escrito de alegatos de conclusión.

4.2. Parte demandada

La parte demandada presentó alegatos de conclusión, mediante escrito aportado el **6 de abril de 2022**, vía correo electrónico, mediante el cual señaló que ratifica lo señalado en la contestación de la demanda y en las pruebas aportadas y se opuso a que se acceda a las declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora, por cuanto no acreditó la experiencia altamente calificada, la cual, como lo ha señalado el Consejo de Estado, es la que se adquiere con posterioridad a que se obtiene el título de posgrado, experiencia que además debe estar relacionada con el cargo en carrera administrativa.

En ese sentido afirma que mal puede atribuirse que se trata un derecho adquirido, toda vez que la demandante no cumple requisitos mínimos para tener derecho a reconocimiento de prima técnica, amén que tampoco puede alegar una presunta falsa motivación en los actos administrativos acusados.

4.3. Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de **prescripción**, se precisa que la misma será resuelta en caso de prosperar las pretensiones de la demanda y en cuanto a la **innominada**, se advierte que como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 19 de marzo de 2019, no se encontraron excepciones que debieran ser declaradas de oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante que sustenta los hechos y pretensiones de la demanda:

5.2.1. Derecho de petición radicado bajo el número 2014IE0022506 del 10 de febrero de 2014, presentado por la demandante ante la entidad accionada en el que solicita la asignación de prima técnica.

5.2.2. Oficio No. 2014IE0035153 del 1 de marzo de 2014, por el cual la Contralora General de la República resuelve de manera negativa la petición de reconocimiento y pago de la prima técnica.

5.2.3. Derecho de petición radicado bajo el número 2017IE0071386 del 6 de septiembre de 2017, presentado por la demandante ante la entidad accionada en el que solicita la asignación de prima técnica.

5.2.4. Oficio No. 2017IE0078705 del 27 de septiembre de 2017, por el cual la Contralora General de la República reitera el Oficio No. 2014IE0035153 del 1 de marzo de 2014.

5.2.5. Constancia de tiempo de servicios expedida por la Dirección de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República.

5.2.6. Certificación expedida por la Gerente de Talento Humano de la Contraloría General de la República, el 16 de agosto de 2017, en la que constan las funciones desarrolladas por la actora.

5.2.7. Acta de Grado No. 13, expedida por la Universidad Santo Tomás, en la que consta que el día 5 de diciembre de 1985, se lo otorgó el título de abogada a la demandante.

5.2.8. Diploma de Abogada otorgado por la Universidad Santo Tomás a la demandante el 5 de diciembre de 1985.

5.2.9. Diploma de especialización en Derecho de Familia otorgado por la Universidad Libre a la demandante el 16 de diciembre de 1994.

5.2.10. Diploma de especialización en Gestión en Responsabilidad Fiscal otorgado por la Universidad Sergio Arboleda el 31 de mayo de 2006.

5.2.11. Constancia de Conciliación Extrajudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 192 Judicial I para Asuntos Administrativos el 27 de noviembre de 2017, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.2.12. Resolución No. 03398 del 4 de febrero de 1994, por la cual se fijan los requisitos y las funciones generales de los empleos de la planta global de la Contraloría General de la República.

5.2.13. Decreto No. 1384 del 5 de agosto de 1996, por el cual se establecen los requisitos mínimos para el otorgamiento de prima técnica a los empleados de los niveles directivo, asesor, ejecutivo y profesional de la Contraloría General de la República.

5.2.14. Historia laboral de la demandante.

5.2.15. Resolución No. 01442 del 20 de abril de 1990, por medio de la cual la Contraloría General de la República nombra en el cargo de Profesional Universitario Nivel Profesional Grado 1 a la demandante.

5.2.16. Resolución No. 00286 de 23 de febrero de 1995, por la cual se inscribe a la demandante en el escalafón de carrera administrativa especial de la Contraloría General de la República.

5.2.17. Certificación expedida por la Gerente de Talento Humano de la Contraloría General de la República, el 20 de abril de 2021, en la que constan las funciones desarrolladas por la actora en los años 1990 hasta 1997.

5.2.18. Resolución No. 03682 del 8 de noviembre de 1995, por la cual se señalan los requisitos mínimos y se establece el procedimiento interno para solicitar la asignación de la prima técnica a los funcionarios de la Contraloría General de la República.

5.2.19. Resolución No. 03839 de 28 de agosto de 1996, por la cual se establece el procedimiento interno para solicitar la asignación de la prima técnica a los funcionarios de la Contraloría General de la República.

5.2.20. Resolución No. 00445 del 5 de agosto de 1993, por la cual se reglamenta la asignación de la prima técnica para los funcionarios de la Contraloría General de la República.

5.2.21. Resolución No. 03523 del 14 de febrero de 1995, por la cual se señalan los requisitos mínimos y se establece el procedimiento interno para solicitar la asignación de la prima técnica a los funcionarios de la Contraloría General de la República.

5.2.22. Certificación expedida por la Gerente de Talento Humano de la Contraloría General de la República, el 23 de agosto de 2021, en la que

constan las funciones desarrolladas por la actora en los años 1990 hasta 1997, con inclusión de las funciones que desarrolló como Investigador Fiscal, Nivel Profesional Grado 01 en la Sección de Investigaciones Fiscales entre el 21/08/1991 y el 28/07/1994.

5.2.23. Evaluación de desempeño efectuada a la actora correspondiente al periodo comprendido entre el 26 de septiembre de 1996 y el 20 de abril de 1997, en la cual obtuvo un puntaje de 610.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la continuación de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 17 de septiembre de 2020, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la demandante en calidad de empleada de la Contraloría General de la República tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica.

5.2.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

El Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5 de 1978 expidió el **Decreto 720 del 20 de abril de 1978** *“por el cual se establece el sistema de clasificación y nomenclatura de los empleos de la Contraloría General de la República, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”*, normativa que en su artículo 46 dispuso:

Artículo 46. De la prima técnica. Como reconocimiento del nivel de formación técnico-científica de sus titulares, podrá fijarse prima técnica para los empleos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos altamente especializados. Esta prima sólo podrá ser asignada a aquellos funcionarios con especial preparación o experiencia

que desempeñen los cargos de Contralor Auxiliar, Asistente del Contralor General, Secretario General, Director General, Director de Escuela de Capacitación, Jefe de Oficina, Delegado Territorial, jefe de División y el Secretario Privado del Contralor”.

El artículo 47 íbidem, estableció que para obtener el reconocimiento y pago de la prima técnica se debían cumplir los siguientes requisitos: i) título universitario; ii) título de formación avanzada; y, iii) experiencia en las áreas relacionadas con las funciones propias del cargo de quien pretende percibirla.

Por su parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del mentado decreto, le correspondía al Contralor General de la República asignar la prima técnica de acuerdo a los siguientes criterios:

“Artículo 48. De la asignación de prima técnica. *La prima técnica se asignará por resolución del Contralor General de la República y de acuerdo con los siguientes criterios: a). Sólo podrá asignarse prima técnica a quienes reúnan los requisitos mínimos fijados para el ejercicio del respectivo cargo. b). Para determinar el valor de la prima se evaluarán las calidades especiales de estudio y experiencia que acredite el candidato y que excedan los requisitos mínimos de que trata el ordinal anterior. c). Las calidades especiales objeto de evaluación deberán estar relacionadas con las funciones del cargo o proporcionar al candidato una aptitud especial para su desempeño. d). La prima técnica no podrá exceder el cincuenta por ciento de la asignación básica mensual fijada por la ley para el empleo de quien vaya a disfrutarla. e). Las calidades especiales de los candidatos a prima técnica se valorarán de acuerdo con la siguiente ponderación: Experiencia hasta el veinticinco por ciento del sueldo básico. Estudios hasta el veinticinco por ciento del sueldo básico. f). En ningún caso podrán percibirse simultáneamente gastos de representación y prima técnica. g). No podrá asignarse prima técnica con efectos fiscales retroactivos. h). Las resoluciones sobre asignación de prima técnica deberán contar con el certificado de disponibilidad presupuestaria correspondiente. i). Asignada una prima técnica cesará su disfrute cuando el funcionario que la recibe cambie de empleo.(...)”*

Posteriormente, se expidió el **Decreto 149 del 14 de enero de 1991** “por el cual se dictan normas en materia salarial para los empleados de la Contraloría General de la República”, el cual en su artículo 2.º confirió al contralor general la función de asignar la prima técnica, de la siguiente manera:

“Artículo 2. *El Contralor General de la República podrá asignar, previo señalamiento de los requisitos mínimos que deberán cumplirse, prima*

técnica a los funcionarios que desempeñen los cargos comprendidos en los niveles Directivo, Asesor, en los grados 4 a 9 del nivel ejecutivo y los comprendidos entre los grados 3 a 5 del nivel profesional.

Parágrafo 1. *El Contralor General podrá reconocer el derecho a devengar la prima técnica, sin sujeción a los requisitos establecidos, a los funcionarios que a la fecha de expedición del Decreto 119 de 1988 se encontraban desempeñando alguno de los cargos a que se refiere el presente artículo, siempre y cuando en tal fecha tuvieran una antigüedad mínima de quince (15) años al servicio de la entidad.*

Parágrafo 2. *La prima técnica no podrá exceder en ningún caso, el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual fijada por la ley para el respectivo cargo”.*

Más adelante, el Congreso de la República expidió la **Ley 106 de 1993**, por medio de la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y se establece su estructura orgánica, disposición que en su artículo 113, previó:

“Artículo 113.- De las Prestaciones Sociales de los Empleados de la Contraloría General de la República. *Los empleados públicos de la Contraloría General de la República tendrán derecho a disfrutar, además del régimen prestacional establecido para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público a Nivel nacional, de las prestaciones que vienen disfrutando en virtud de normas anteriores, entre otros, a saber:*

(...)

5. Prima Técnica

El Contralor General de la República podrá asignar, previo señalamiento de los requisitos mínimos que deberán cumplirse, prima técnica a los funcionarios que desempeñen los cargos comprendidos en los Niveles directivo-asesor, Nivel ejecutivo y el Nivel Profesional.

La prima técnica no podrá exceder en ningún caso el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual fijada por ley para el respectivo cargo. Para su asignación se deberán contar con certificado de disponibilidad presupuestal hasta el 31 de diciembre del respectivo año. Artículo 46 y ss. Decreto-Ley 720 de 1978”.

La Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible el numeral 5° de la citada disposición a través de la sentencia C- 100 de 1996, al considerar que es el Gobierno y no el Contralor el competente para regular los requisitos mínimos para acceder a la prima técnica en relación con los empleados públicos del Estado.

En virtud de lo anterior, fue expedido el **Decreto 1384 de 1996**, mediante el cual se concretaron los requisitos mínimos para el otorgamiento de la prima técnica para los empleados de los Niveles directivo-asesor, ejecutivo y Profesional de la Contraloría General de la República y se definió como un reconocimiento económico de carácter temporal y provisional, vinculado directamente al cargo desempeñado que busca mantener o atraer al servicio de la Contraloría General de la República, a funcionarios altamente calificados para el desempeño de cargos cuyas funciones demandan la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados, o para la realización de labores de dirección, o de especial responsabilidad.

En ese sentido, el artículo 3° del citado Decreto, señaló que para el otorgamiento de la prima técnica en los niveles previamente señalados, se debían acreditar los requisitos que excedieran de los mínimos exigidos para el desempeño del cargo y como criterios adicionales para la determinación del porcentaje de asignación, indicó en el artículo 5°, la formación avanzada, la experiencia en relación con las funciones propias del cargo, la participación en eventos académicos y el ejercicio de la docencia en instituciones de educación superior, que ponderados conjunta o separadamente arrojarían el porcentaje final de la asignación básica mensual correspondiente a la prima técnica a asignar.

La normativa referida en párrafos anteriores regulaba algunos aspectos para la asignación de prima técnica a los empleados de la Contraloría General de la República, tales como, los cargos susceptibles de reconocimiento, la cuantía máxima, los factores para determinarla, así como el funcionario competente para reconocer dicha prestación, por consiguiente, la expedición del Decreto 1384 de 1996, no implicó la derogatoria del Decreto 1661 de 1991, reglamentado parcialmente por el Decreto Ley 2164 de 1991, sino que complementó aspectos no previstos en la normativa mencionada.

Ahora bien, mediante través del **Decreto 1724 de 1997**¹, el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, modificó “...el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado”, de la siguiente manera:

*“Artículo 1o. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados **con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público.** (negrillas fuera del texto original).*

(...)

Artículo 3o. En los demás aspectos, la prima técnica se regirá por las disposiciones vigentes.

Artículo 4o. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.

Artículo 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente el artículo 3o del Decreto 1661 de 1991, los artículos 2o, 3o y 5o del Decreto 1384 de 1996, el artículo 5o del Decreto 55 de 1997, el artículo 8o del Decreto 52 de 1997 y demás disposiciones que le sean contrarias”.

Como puede verse, a través del citado Decreto 1724 de 1997, se restringió el derecho a la prima técnica en el sentido de que serían destinatarios de la misma únicamente quienes estuviesen nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor o Ejecutivo o sus equivalentes, excluyéndose al nivel profesional del reconocimiento de dicha prestación.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 4º del aludido Decreto 1724 de 1997, se respetaron los derechos adquiridos de aquellos servidores que desempeñando cargos del nivel profesional se les hubiese reconocido prima técnica con anterioridad a la vigencia del Decreto, quienes disfrutarían de ella hasta el retiro del servicio o hasta cuando se cumplieran las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas

¹ Publicado a través de diario oficial 43.081 de 11 de julio de 1997.

vigentes al momento de su otorgamiento.

Sobre este punto, el Consejo de Estado precisó que era viable el reconocimiento de la prima técnica a empleados que a pesar de no habérseles reconocido dicho derecho antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997 (11 de julio de 1997), cumplieran los requisitos para ser beneficiarios, caso en el cual, tendrían derecho a dicha prima. Al respecto, discurrió así²:

“(…)

De acuerdo con la segunda tesis, que prevaleció en la Subsección³, y que hoy constituye el parámetro para el reconocimiento de la misma, sí es posible aplicar el régimen de transición del artículo 4 del Decreto 1724 de 1997 a quienes, sin ocupar cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes bajo el nuevo régimen, cumplieran con los siguientes requisitos:

- (i) que tuvieran derecho al reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño bajo el régimen del Decreto 1661 de 1991, esto es, que hubieran laborado para la respectiva entidad en la vigencia de la normativa mencionada y que, desde luego, cumplieran los requisitos legales exigidos por la misma;*
- (ii) que hubieran reclamado la prima técnica antes o después de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, siempre que tuvieran derecho a la prima mencionada en vigencia del Decreto 1661 de 1991;*
- (iii) que la entidad demandada injustificadamente hubiera guardado silencio frente a la petición o, se entiende, hubiera resuelto la misma en forma negativa”.*

De lo anterior se concluye que es posible el reconocimiento de la prima técnica a los empleados que sin ocupar cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, cumplieran los requisitos para su reconocimiento.

² Sentencia de 25 de mayo de 2006, C.P: Jesús María Lemos Bustamante, radicación 25000-23-25-000-2002-08242-01(2922-04).

³ Al respecto puede verse la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, del 8 de agosto de 2003, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente No.23001-23-31-000-2001-00008-01, referencia No.0426-03, actor: Benjamín Antonio Vergara.

En consecuencia, el régimen de transición previsto en el artículo 4° del citado Decreto, debe aplicarse tanto a aquellos que venían devengando la prima técnica por haber cumplido las exigencias legales como a quienes sin habersele reconocido cumplieran las condiciones previstas en la ley.

Luego, a través del **Decreto 1335 de 1999**, fue modificado el precitado Decreto 2164 de 1991, así:

“Artículo 1°.- Modificar el artículo 3 del Decreto 2164 de 1991, el cual quedará así:

‘Artículo 3°.- Criterios para su asignación. Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado:

a. Título de estudios de formación avanzada y tres (3) años de experiencia altamente avanzada; (negrillas fuera del texto original)

b. Evaluación del desempeño’.

Artículo 2°.- Modificar el artículo 4 del Decreto 2164 de 1991, el cual quedará así:

*‘Artículo 4°.- De la Prima Técnica por formación avanzada y experiencia. **Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos de niveles ejecutivo, asesor o directivo, que sean susceptibles de asignación de prima técnica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del presente Decreto y que acrediten título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional, o en la investigación técnica o científica, en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, durante un término no menor de tres (3) años.***

El título de estudios de formación avanzada podrá compensarse por tres (3) años experiencia en los términos señalados en el inciso anterior.

Parágrafo.- La experiencia a que se refiere este artículo será calificada por el jefe del organismo o su delegado con base en la documentación que el empleado acredite”(negrilla fuera del texto original).

Posteriormente, el Decreto 1724 de 1997, fue derogado por el **Decreto 1336 de 2003**, “*Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado*”, en el que se dispuso:

*“Artículo 1o. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en los cargos del **nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público.***

Artículo 2o. Para reconocer, liquidar y pagar la prima técnica, cada organismo o entidad deberá contar previamente con la disponibilidad presupuestal acreditada por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces, en la respectiva entidad.

Artículo 3o. En los demás aspectos la prima técnica se regirá por las disposiciones legales vigentes.

Artículo 4o. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto o cargos de asesor en condiciones distintas a las establecidas en el artículo 1º, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.

(...)

Artículo 6o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente los Decretos 2164 de 1991, 1384 de 1996, 685, 691 de 2002 y deroga el Decreto 1724 del 4 de julio de 1997, y demás disposiciones que le sean contrarias” (negrillas fuera del texto original).

El Gobierno Nacional estaba legitimado para excluir los niveles ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo de la prerrogativa de la prima técnica, como en efecto lo hizo a través del Decreto 1724 de 1997, derogado por el Decreto 1336 de 2003, pero sin desconocimiento de los derechos adquiridos de las personas que en ejercicio de cargos correspondientes a dichos niveles se les haya reconocido el mencionado derecho a la prima técnica con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 1724 de 1997 o a quienes que, sin habersele reconocido, reunieran los requisitos para ello, antes de que éste entrara a regir.

Posteriormente, el Presidente de la República expidió el Decreto **920 del**

30 de Marzo de 2005, por el cual se fijan las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de la Contraloría General de la República y se señaló que el contralor General de la República podrá asignar prima técnica a los empleados de los niveles Directivo, Asesor y Ejecutivo conforme a lo previsto en el Decreto 1384 de 1996, esto es, atendiendo a exigencias de requisitos mínimos y a los factores de valoración que se deriven de ellas.

5.3. CASO CONCRETO.

La señora Myriam Yolanda Castillo Díaz mediante oficios radicados bajo los números 2014IE0022506 del 10 de febrero de 2014 y 2017IE0071386 del 6 de septiembre de 2017, solicitó a la Contraloría General de la República, el reconocimiento y pago de la prima técnica en su calidad de Profesional Universitaria, inscrita en carrera administrativa.

Por su parte, la señora Contralora General de la República, mediante oficio No. 2014IE0035153 del 1 de marzo de 2014, reiterado a través del oficio No. 2017IE0078705 del 27 de septiembre de 2017, negó la referida solicitud al considerar que según el Decreto 1336 de 2003, los empleados públicos de los niveles jerárquicos Directivo, Asesor, o Jefes de Oficina Asesora, son quienes tienen derecho al reconocimiento de esta prima técnica, situación que no ocurre en el caso de la actora, toda vez que el cargo ocupado por ésta corresponde al nivel profesional, razón por la cual respondió negativamente tal solicitud.

Ahora bien, de conformidad con lo solicitado en el libelo demandatorio y atendiendo el material probatorio allegado al expediente se tiene que la actora se vinculó a la Contraloría General de la República el **22 de mayo de 1990**, habiendo sido inscrita en carrera administrativa a partir del 23 de febrero de 1995, de conformidad con la Resolución No. 00286, en el cargo de Profesional Universitario Nivel Profesional Grado 10.

Así mismo, quedó demostrado que la actora desde su vinculación en la planta de la Contraloría General de la República ha ocupado cargos **del nivel profesional**, así:

- Profesional Universitario, Nivel Profesional Grado 01 entre el 22/05/1990 y el 20/08/1991.
- Investigador Fiscal, Nivel Profesional Grado 01 entre el 21/08/1991 y el 28/07/1994.
- Profesional Universitario, Nivel Profesional Grado 10 entre el 29/07/1994 y el 24/01/2000.
- Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 02, desde el 02/03/2020.

Ahora bien, los requisitos mínimos para ocupar el cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional Grado 10, que ostentaba la actora para el año 1997, se determinan en la Resolución No. 03398 del 4 de febrero de 1994, según la cual:

“ARTÍCULO 12. De los empleos del nivel profesional. –Serán requisitos mínimos para el desempeño de los empleos del nivel profesional los siguientes:

PROFESIONAL UNIVERSITARIO - GRADO 10 Título profesional universitario en el área de trabajo de acuerdo con las funciones del empleo, y tres (3) años de experiencia Profesional o relacionada.”

En tal sentido, a la entrada en vigencia del **Decreto 1724 de 1997**, la actora ocupaba el cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional Grado 10, susceptible del reconocimiento de Prima Técnica, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2164 de 1991 y en la Resolución No. 3682 de 1995, expedida por la entidad demandada, pues ostentaba el título profesional de Abogada otorgado por la Universidad Santo Tomás el 6 de diciembre de 1985, con el cual satisfacía plenamente el requisito por ocupar un cargo del nivel profesional.

Ahora bien, el Decreto 2164 de 1991, dispuso como criterio para el reconocimiento de la Prima Técnica por Formación Avanzada y Experiencia Altamente Calificada que el funcionario tuviera requisitos **adicionales** a los exigidos para el desempeño del cargo y tres (3) años de experiencia altamente calificada.

En tal sentido, el artículo 3° de la Resolución No. 3682 de 1995, determinó que la Prima Técnica podría asignarse a los funcionarios que excedieran los requisitos exigidos para el desempeño del cargo,

La señora Myriam Yolanda Castillo Díaz adquirió su título como Especialista en Derecho de Familia otorgado por la Universidad Libre de Colombia el **16 de diciembre de 1994**, acreditando así el requisito de formación avanzada según lo señalado por el artículo 5° de la Resolución No. 3682 del 8 de noviembre de 1995, atrás transcrito, al establecer que en cuanto a los estudios, se entenderá por título de formación avanzada la especialización, maestría o doctorado en áreas directamente relacionadas o afines con las funciones propias del cargo.

No obstante, si bien es cierto la demandante ocupaba un cargo del nivel profesional susceptible de reconocimiento de Prima Técnica (Profesional Universitario, Nivel Profesional Grado 10) y adquirió su título de formación avanzada, como especialista en Derecho de Familia, el 16 de diciembre de 1994, también lo es que debía acreditar la experiencia altamente calificada, para que le fuera reconocida dicha Prima Técnica, razón por la cual para el Despacho resulta imperativo estudiar qué se entiende por experiencia altamente calificada.

En relación con la experiencia altamente calificada para el reconocimiento de la Prima técnica por formación avanzada, el Honorable Consejo de Estado, en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, del 2 de febrero de 2012, radicación 11001-03-06-000-2011-00086-00(2081); Consejero Ponente Dr. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, señaló:

“(...)

6. Como puede observarse, la experiencia exigida para acceder a la prima técnica está cualificada en cuanto debe ser por al menos cinco (5) años y “altamente calificada”, lo que de plano significa, siguiendo el sentido natural y obvio de las palabras (artículo 28 Código Civil), que no es simplemente la experiencia ordinaria obtenida en el ejercicio cotidiano de la profesión, sino que exige un nivel especializado y superior en una determinada área del respectivo que hacer, la cual es relevante para el cargo a desempeñar.

Ese sentido natural y obvio concuerda con la definición literal de las palabras que componen la expresión analizada: altamente, significa según el diccionario de la Real Academia de la Lengua “perfecta o excelentemente, en extremo, en gran manera”; y, según la misma fuente, calificada o cualificada refiriéndose a una persona o trabajador significa “que está especialmente preparado para una tarea determinada.”

Es así que el artículo en cita dispone expresamente que para efectos del otorgamiento de la prima técnica por este criterio de asignación “se requiere que el funcionario acredite requisitos que excedan los establecidos para el cargo que desempeñe.”

7. Lo anterior tiene especial relación con la finalidad de la prima técnica de atraer y mantener al servicio del Estado a personal altamente especializado y calificado, mediante un incentivo económico que compense diferencias salariales con el sector privado. En ese sentido el artículo 1 del Decreto 1661 de 1991 señala:

“ARTICULO 1º. Definición y campo de aplicación. La prima técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la relación de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Así mismo será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto.”

8. Con base en esta definición la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que la prima técnica constituye un estímulo económico destinado a garantizar la permanencia de determinados funcionarios al servicio del Estado “como consecuencia de su alto perfil para el ejercicio de cargos que demanden tal especialidad o como reconocimiento al desempeño en el cargo.” Así, por ejemplo, negó el reconocimiento de una prima técnica a un funcionario que sólo exhibía sus estudios y experiencia profesional ordinaria y no acreditaba un especial conocimiento o experiencia habilitante de ese reconocimiento económico:

(...)

III. La Sala RESPONDE

“1. ¿Las expresiones “altamente calificada” y “experiencia profesional” tienen igual o diferente significado?”

La expresión “altamente calificada” como criterio para acceder a la prima técnica no es equivalente a la “experiencia profesional”. La primera alude a condiciones profesionales de excelencia que por razones de estudios, conocimientos, talentos, destrezas y habilidades, exceden los requisitos establecidos para ocupar un empleo. La experiencia profesional, en cambio, es una de las condiciones que junto con el requisito de estudio, forma parte del perfil de competencias que ordinariamente se requieren para ocupar el empleo.

“2. ¿La experiencia altamente calificada corresponde a la adquirida en el desarrollo de las funciones del cargo sobre el cual se está solicitando la prima técnica, por título de estudios de formación avanzada y cinco años de experiencia altamente calificada?”

La experiencia altamente calificada como criterio para acceder a la prima técnica puede haberse conseguido o completado en el ejercicio del cargo sobre el cual se está solicitando su reconocimiento o también en otros empleos públicos o privados. En todo caso debe tener la calidad de “calificada” a que se ha hecho referencia en la respuesta anterior.”

Así mismo, el Consejo de estado en sentencia de noviembre 17 de 2011, MP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expediente No. (0692-11), al resolver un caso de reconocimiento de prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, consideró lo siguiente:

“(…) En punto de la formación avanzada, esto es, de los estudios que pueden ser acreditados para efectos del reconocimiento de una prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, debe decirse que la Resolución No. 3682 de 16 de agosto de 1994, por la cual se establece el procedimiento para otorgar la citada prestación, en su artículo 5 estableció que se entenderán por título de formación avanzada: “de posgrado o especialización todo aquel que se haya obtenido como resultado de estudios posteriores a la adquisición del título universitario (profesional) y no inferiores a un año académico de duración, en universidades nacionales o extranjeras, debidamente reconocido u homologado de acuerdo con las normas legales que regulan la materia.”.

*Conforme lo anterior, debe decirse que **a partir del 9 de junio de 1982, fecha en que la demandante adquirió su título en formación avanzada,** como especialista en derecho administrativo, **comenzó a contabilizar su experiencia altamente calificada** la cual, en vigencia de los Decretos 1661 y 2164 de 1991, ascendía a 9 años, superando ampliamente los 3 años requeridos por las referidas normas.”(Resalta la Sala).*

Bajo el contenido Jurisprudencial expuesto, se concluye que la experiencia altamente calificada como criterio para acceder a la Prima

Técnica corresponde a la adquirida en el desarrollo de las funciones del cargo sobre el cual se está solicitando la prima técnica, por título de estudios de formación avanzada, la cual se cuenta a partir del momento en que el funcionario obtiene el título de especialización, por un término no inferior a (3) años.

Así las cosas, debe decirse que, a partir del 16 de diciembre de 1994, fecha en que la demandante obtuvo su título de formación avanzada como especialista en Derecho de Familia, empezó a contabilizar su experiencia altamente calificada, lo que significa que a la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997 (4 de julio de 1997), contaba con dos años, cinco meses y dieciocho días de experiencia altamente calificada y en tal virtud, no contaba con los tres años exigidos en las normas en cita.

En estas condiciones, para ser beneficiaria de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, se debe acreditar el título de formación avanzada y la experiencia no inferior a tres (3) años, requisitos que no logró acreditar la demandante antes de entrar en vigencia el Decreto 1724 de 1997.

Ahora bien, frente al segundo de los requisitos establecido por el artículo 2 del Decreto 1661 de 1991 para el reconocimiento de la prima técnica, esto es, por evaluación del desempeño, la norma prevé que la calificación debe ser igual o mayor al 90%.

Al respecto, en el expediente obra copia de las evaluaciones de desempeño de la señora Myriam Yolanda Castillo Díaz, en las que se observa que en el periodo comprendido entre el 26 de septiembre de 1996 y el 20 de abril de 1997 obtuvo un puntaje de 610 puntos, el cual equivale al 87%, teniendo en cuenta que el puntaje más alto corresponde a 700 puntos, lo que indica que no cumplió con este requisito.

Por consiguiente, es claro que la actora no cumplió con los requisitos previstos en el artículo 5° del Decreto 1384 de 1996 citado en la parte considerativa de esta providencia, el cual reguló de manera especial la prima técnica para los empleados de la Contraloría General de la República, entidad de la cual la actora pretende el reconocimiento.

Así las cosas, en tanto el Decreto 1724 de 1997 consagró el reconocimiento de la Prima mencionada a favor de los funcionarios que se desempeñaran en los cargos perteneciente a los Niveles Directivo, Asesor o Ejecutivo y excluyó expresamente el nivel profesional, la señora Myriam Yolanda Castillo Díaz perdió toda posibilidad de acceder a la prestación dado que su cargo pertenecía al nivel profesional ya excluido con la nueva norma.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se denegarán las suplicas de la demanda, pues el accionante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que amparaba los actos administrativos demandados.

5.4.COSTAS

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandante en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

V. RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR las súplicas de la demanda conforme a lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas a cargo de la parte demandante.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 009 de hoy 13 de mayo de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez
Juez
Juzgado Administrativo
018
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:
5edaae94f2ef874c833417da0082b54c91fdedbd1c7f16ed3e6488356e439dfd

Documento generado en 12/05/2022 12:05:04 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>