



REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Providencia	Sentencia N° 083 de 2023
Proceso	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – LABORAL
Demandante	BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI
Demandado	MUNICIPIO DE ABEJORRAL
Radicado	05001 33 33 017 2021 00078 00
Instancia	Primera
Temas y Subtemas	El contrato realidad / el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral / presupuesto para el reconocimiento de la existencia del funcionario de hecho
Decisión	Concede parcialmente las pretensiones de la demanda

Se decide en primera instancia la demanda que a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral instaura la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI, en contra del MUNICIPIO DE ABEJORRAL y la AFP PORVENIR S.A.

## 1. DEMANDA

La demanda fue presentada el 8 de marzo de 2021, ante la Oficina de Apoyo Judicial de los Juzgados Administrativos, correspondiendo su conocimiento a este Despacho quien admitió el medio de control por auto del 12 de abril de la misma anualidad. Con ella se pretende:

### 1.1. PRETENSIONES

Se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo, configurado por la omisión en dar respuesta a la petición radicada el 2 de septiembre de 2020, en la que se solicita el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el correspondiente reconocimiento y pago de prestaciones laborales.

Se declare que entre la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI y el MUNICIPIO DE ABEJORRAL existió una relación laboral sin solución de continuidad entre el 1 de abril de 1991 y el 30 de marzo de 2019.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar salarios, prestaciones sociales, prima de servicios, prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías y cualquier otra prestación adeudada a la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI desde el 1 de abril de 1991 y hasta el 30 de marzo de 2019, debidamente indexadas.

Se condene a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a recibir y acreditar en la historia laboral de la demandante, las semanas correspondientes a la relación laboral que resulten probadas dentro del proceso, e inicie el trámite de reconocimiento pensional desde la causación del derecho, debidamente indexado.

Se ordene el cumplimiento a la sentencia conforme lo establecido en los artículos 189 y 192 del CPACA y se condene a la Entidad al pago de costas procesales.

## 1.2. HECHOS

Los hechos relevantes del proceso son narrados por la parte demandante así:

Indica que la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI nació el 6 de mayo de 1963, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 57 años de edad.

Que laboró al servicio del MUNICIPIO DE ABEJORRAL, siempre como empleada del restaurante escolar - manipuladora de alimentos, labor que desarrollo en diferentes instalaciones, algunas diferentes a las Instituciones Educativas, lo cual se debió a que en las mismas no había los espacios físicos requeridos para este fin. Los lugares y periodos en los cuales prestó sus servicios personales son los que se siguen:

Periodo	Lugar donde desarrollo el servicio
Desde el 1° de abril de 1991 hasta 1996	Instalaciones del antiguo hospital
De 1997 al 2001	Instalaciones de la antigua cárcel
De 2002 al 2003	Instalaciones de la I.E. La Alianza hoy I.E. Celia Duque de Duque
De 2004 a 2010	Restaurante Escolar de la I.E. El Coa hoy sede de la Casa de la Cultura del Municipio.
De 2011 hasta junio de 2016	Restaurante Escolar de la I.E. "Dionisio Arango Mejía"
Del 14 de enero de 2017 hasta el último contrato realizado	Instituciones educativas Celia Duque de Duque y Dionisio Arango Mejía

Que el 16 de marzo de 2018 la actora tuvo un accidente laboral al sufrir una caída dentro de las instalaciones del Restaurante Escolar y en el segundo semestre de dicha anualidad el Municipio le negó el reintegro; no obstante, en el mes de febrero de 2019 fue contratada nuevamente para realizar las mismas funciones, pero solo hasta el 30 de marzo de 2019, fecha a partir de la cual no se volvió a renovar la relación contractual entre las partes.

Que durante toda la relación laboral, esto es, entre los años 1991 a 2019, la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI cumplió horario de trabajo, recibió remuneración por su trabajo en cuantía del salario mínimo mensual de cada anualidad, el trabajo lo realizó de manera personal y cumplía sus funciones como subordinada por parte de sus superiores.

Que la mayoría de los contratos fueron verbales dado que por parte del Municipio no se realizó protocolización de contrato laboral alguno, omitiendo el Ente Territorial el pago de prestaciones y aportes a la seguridad social, solo en algunos periodos entre 1998 a 2003 operadores con los que el Municipio contrataba la alimentación escolar, realizaron en su nombre cotizaciones al sistema de seguridad social.

Que desde el 28 de junio de 2011, el Municipio de Abejorral suscribió con la demandante varios contratos de prestación de servicios, sin embargo se mantuvieron las condiciones de subordinación, prestación personal del servicio y cumplimiento del horario de trabajo, dado que siempre desarrolló las labores como en un contrato laboral, relación que se vio disfrazada a través de los contratos de prestación de servicios.

### 1.3. NORMAS VIOLADAS

Cita como vulnerados:

- Constitución Política, preámbulo y artículos 6, 12, 25, 48, 53, 121 a 128, 209 y 315-1
- Ley 4ª de 1913, artículo 252
- Decreto 1950 de 1973, artículos 7, 9 y 10
- Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 – Código Sustantivo de Trabajo

### 1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Del contenido de la demanda se extrae que la violación de la que se acusa a los actos administrativos demandados recae en la infracción de las normas en las que debían fundarse, en tanto se señala que la entidad territorial incurrió en violación de norma superior por falta de aplicación de la ley, aplicación indebida e interpretación errónea de la misma, pues omitió la vinculación legal y reglamentaria de la actora, con la finalidad de no reconocer prestaciones sociales y disponer libremente de los empleos.

Además, se indica que el acto acusado se encuentra viciado de falsa motivación, porque negó el reconocimiento de las prestaciones sociales, aunque los contratos de prestación de servicios fueron simulados, pues en todo momento estuvieron presentes los elementos esenciales de una relación laboral: a) actividad personal, b) subordinación o dependencia al exigirse el cumplimiento de órdenes por un superior y c) remuneración del servicio; además de que la terminación de la relación laboral se dio luego de un accidente de trabajo que menguó el estado de salud de la demandante.

Que no es aceptable que una persona que desempeña labores a favor de una entidad pública durante casi 28 años, no tenga derecho a la afiliación a la seguridad social a pesar de realizar sus actividades dentro de un establecimiento del Municipio constituyéndose así en un actuar irresponsable por parte de la demandada.

## 2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La demanda se notificó a través del buzón de las demandadas, además del envío de los traslados respectivos, obteniendo respuesta oportuna en la que se indicó:

## 2.1. MUNICIPIO DE ABEJORRAL

La Entidad demandada pese a encontrarse debidamente notificada no allegó replica a la demanda.

## 2.2. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

### 2.2.1. A LOS HECHOS Y PRETENSIONES

La sociedad demandada manifiesta desconocer la totalidad de los hechos que integran la demanda, por lo que no se allana ni se opone a las pretensiones. Refiere que de encontrarse que efectivamente existió relación laboral, debe declararse la omisión de afiliación por parte del municipio demandando y, en consecuencia, Porvenir S.A., acepta recibir dichos aportes, mediante cálculo actuarial debidamente liquidado y aprobado por la Administradora.

Que el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, establece que el requisito para obtener la pensión de vejez en el RAIS, es que el afiliado logre acumular en su cuenta de ahorro individual un capital que le permita financiar una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo mensual legal vigente para la expedición de la Ley 100 de 1993, ajustado anualmente según la valoración porcentual del IPC certificado por el DANE.

Así mismo que, de conformidad con el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, en caso de que un afiliado no logre acumular el capital suficiente para financiar la pensión de vejez en las condiciones que exige el artículo 64 ibídem, podrá obtener el beneficio de la Garantía de la Pensión Mínima, de manera que los hombres que a la edad de 62 años y las mujeres que a la edad de 57 años, que no hayan alcanzado a generar la pensión mínima, y hayan cotizado 1150 semanas, tendrán derecho a que el Gobierno les complete el capital que haga falta para financiar la pensión de vejez.

### 2.2.2. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA

Manifiesta que la demandante solicitó su vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 28 de junio de 2002, la cual fue efectiva el 1 de agosto de la misma anualidad, que entre sus archivos no reposa ningún reporte de ingreso de la demandante por parte del MUNICIPIO DE ABEJORRAL, constituyéndose una omisión de afiliación, en caso de que la judicatura determine que le asiste razón a la señora BOTERO ECHEVERRI sobre la declaratoria de la relación laboral.

Que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, existe la obligación de efectuar cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

Concluye que, de demostrarse la omisión en el pago de los aportes por parte del empleador, este será el único responsable por los siniestros y/o los mayores valores que resulten de prestaciones económicas derivados de los mismos, que se configuren por los periodos en que se dio tal omisión.

### 2.2.3. EXCEPCIONES DE MÉRITO

- Improcedencia de la acción por carencia de objeto, falta de causa para demandar e inexistencia del derecho.

Señala que el conflicto jurídico que es de carácter excluyente porque existe entre la demandante y el municipio demandado, en esa medida PORVENIR S.A. solo está llamada al proceso a recibir las cotizaciones correspondientes, si se demuestra la existencia de la relación laboral en los términos solicitados y con el IBC que se compruebe en el proceso.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sostiene que nada adeuda a la demandante y solamente fue llamada al proceso a recibir las cotizaciones y/o el mayor valor de las mismas, si hay lugar a su declaración, junto con los intereses moratorios correspondientes establecidos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

- Hecho exclusivo de un tercero.

Se sustenta en las mismas razones expuestas en las excepciones anteriores, pues señala que no tiene ninguna injerencia en las declaraciones y condenas que resulten del presente proceso y, en el evento en que sea condenada a recibir, le corresponde a la demandada efectuar las cotizaciones por el valor de la totalidad de los salarios e ingresos constitutivos como tal, junto con los intereses moratorios correspondientes.

- Buena fe de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir. S.A.

Excepción que fundamenta en el hecho de que ha actuado en cumplimiento del principio de buena fe, que la imponen la constitución y las leyes en todas sus actuaciones.

- Prescripción.

Sin implicar confesión o aceptación de los hechos de la demanda, propone la prescripción de la totalidad de las obligaciones de tracto sucesivo, que tuvieren más de tres (3) años desde la fecha de su causación, hasta la fecha de notificación de la demanda.

- Compensación

Sin implicar confesión o aceptación de los hechos de la demanda, propone la excepción, en el evento en que haya sumas que deban ser compensadas.

### 3. AUDIENCIAS INICIAL Y DE PRACTICA DE PRUEBAS

El día 16 de septiembre de 2021 se realizó la audiencia inicial con presencia de las partes, en la misma se aceptó el desistimiento del incidente de nulidad propuesto por el Municipio de Abejorral y se tomaron las siguientes decisiones:

### 3.1. Fijación del litigio

Se fijó el objeto del litigio en los siguientes términos:

Consiste en determinar si entre la parte demandante BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI y las entidades demandadas, Municipio de Abejorral y la AFP Porvenir S.A., de manera conjunta, solidaria o particular, existió una relación laboral, sin solución de continuidad por el tiempo comprendido entre el 01 de abril de 1991 y hasta el día 30 de marzo de 2019, por cuanto la demandante laboró ejecutando funciones como manipuladora de alimentos en el comedor escolar, lo cual se desarrolló en diferentes instalaciones del Municipio de Abejorral.

### 3.2. Decreto de pruebas

Se decretaron como medios probatorios los documentos aportados en la demanda y su contestación, se libraron los exhortos solicitados por la demandante, y se decretó la recepción de los testimonios y el interrogatorio de parte solicitados.

### 3.3. Práctica de pruebas.

El día 14 de octubre de 2021, se dio inicio a la audiencia de pruebas recibándose la declaración de la parte demandante, diligencia suspendida hasta el 21 de octubre de la misma anualidad cuando se recibieron los testimonios de las señoras Ángela Rosa Obando y Luz Dary Bernal García.

En la misma audiencia y evacuadas las pruebas decretadas, se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se dio traslado a las partes para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión.

## **4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes intervinieron en esta etapa manifestando:

### 4.1. DEMANDANTE.

La parte actora manifiesta que el material probatorio aportado permite arribar a la conclusión de que la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI laboró desde el 1 de abril de 1991 y hasta el 30 de marzo de 2019 como manipuladora de alimentos en el Restaurante Escolar del Municipio de Abejorral.

Que, de conformidad con las declaraciones rendidas, las actividades realizadas por la demandante a favor del Municipio se realizaron de manera permanente, sin interrupción laboral durante todo el extremo de la relación, bajo subordinación directa por parte de la demandada, recibiendo remuneración mensual por su labor y realizando así mismo de manera directa y personal la prestación del servicio dentro de los horarios que le fueron impuestos por la entidad pública.

Que se evidenció que a pesar de que existió un vínculo laboral permanente y sin solución de continuidad, el Municipio de Abejorral no realizó la afiliación de la demandante al Sistema General de Pensiones, ni efectuó los aportes correspondientes; incluso, en los tiempos que fueron acreditados, se realizó la tercerización del restaurante escolar a operadores privados con los que contrataba la alimentación escolar, empero el verdadero empleador siempre fue la Entidad Territorial.

Que el Municipio de Abejorral siempre suministró un espacio físico público para que el Restaurante escolar funcionara y pudiera prestar sus servicios de alimentación a los estudiantes.

Que “la orientación, ejecución y articulación del programa” de alimentos, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 4° del artículo 136 de la Ley 1450 de 2011, fue trasladada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al Ministerio de Educación, el cual realizaría la revisión y definición de las condiciones para la ejecución del programa, que serían aplicadas por las entidades territoriales, los actores y operadores del programa.

Que la Ley 1530 de 2012 establece en su artículo 145 como fuente de financiación las regalías, indicando que los programas y proyectos de alimentación escolar y régimen subsidiado que, en virtud de las normas sobre regalías vigentes antes de la expedición de dicha ley, serían financiados con recursos de regalías directas por las entidades territoriales a que se refiere el inciso segundo del artículo 361 de la Constitución Política.

Que a pesar de lo señalado en la normativa, las instituciones que han administrado el programa de restaurantes escolares durante el tiempo que estos han existido, han realizado el cobro a los estudiantes de la llamada “cuota de participación”, la cual, a juicio de las mismas, corresponde al pago por parte del beneficiario de los programas de almuerzos escolares o de vasos de leche, de un aporte para el sostenimiento administrativo y locativo de dichos restaurantes escolares.

#### 4.2. MUNICIPIO DE ABEJORRAL

En los alegatos conclusivos allegados, la Entidad expone que según la declaración rendida por la señora Ángela Obando, para el 2007 los niños eran los que pagaban a la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI el almuerzo que les preparaba, quien solamente atendía a los estudiantes; lo que demuestra que para esa época el Municipio no le realizaba pago alguno a la demandante, por lo que no se puede hablar de la existencia de un contrato de prestación de servicios y mucho menos de un contrato laboral.

Que en idéntico sentido, la señora Luz Dary Bernal García sostuvo que la demandante era quien preparaba los alimentos de los niños de la escuela, que nunca portó un uniforme de labor o distintivo que la relacionara con el municipio o con la alcaldía de Abejorral y que se ausentó del restaurante escolar por un periodo de 2 a 3 años seguidos; además, señaló que no conoció persona alguna que fungiera como jefe de la señora BLANCA NUBIA.

Que la demandante prestó sus servicios al restaurante escolar de forma discontinua, pues durante el periodo de 1998 a 2003 no prestó ningún servicio al restaurante escolar del Municipio, pues el mismo fue prestado a través de una cooperativa u operador de servicios, quien suministraba al Municipio la alimentación para el restaurante escolar. Afirmación que encuentra sustento además en los hechos de la demanda.

Que desde el 28 de junio de 2011 al 30 de junio de 2018, se suscribieron entre las partes varios contratos de prestación de servicios, lo que prueba la relación contractual, en relación a la prestación de servicios para la preparación de los alimentos para los niños y las niñas del programa restaurante escolar de las instituciones educativas de la zona urbana y rural del municipio de Abejorral.

Que la demandante se desempeñó de forma discontinua y no tuvo ninguna relación de dependencia ni subordinación, pues sus labores no tenían ninguna relación con las desarrolladas por el personal de planta del Municipio. La ejecución de una labor a través de un contrato suscrito por prestación de servicios, no otorga la calidad de empleado público, pues para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y posesión. Además, el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, contempla que en ningún caso el contrato de prestación de servicios genera relación laboral ni prestaciones sociales y se celebra por el término estrictamente indispensable.

#### 4.3. AFP PORVENIR S.A.

La sociedad demandada se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y señala que la demandante se encuentra afiliada a Porvenir S.A., sin embargo, en los archivos de la administradora no existe información de novedades de ingreso y retiro. ni cotizaciones efectuadas por el MUNICIPIO DE ABEJORRAL en favor de la señora BOTERO ECHEVERRI.

Además, sostiene que como PORVENIR S.A. a la fecha no tiene ninguna obligación con la demandante, no puede solicitarse el pago de indexación sobre algo que no se debe.

#### 4.4. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La delegada del Ministerio Público no presentó concepto dentro de la oportunidad procesal pertinente.

### 5. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Se observa que el proceso se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes y como no aparece causal que pueda generar nulidad de la actuación, se procede a estudiar lo que en derecho corresponda en el siguiente orden:

#### 5.1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA



La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, esto es, juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos estatales en los que tenga intervención o sea imputable a una entidad pública, a voces del artículo 104 del CPACA.

En este caso, por tratarse de la nulidad de un acto administrativo y el restablecimiento del derecho de carácter laboral, emanado de una autoridad del orden territorial es competencia de los Juzgados Administrativos de acuerdo con el numeral 2 del artículo 155 del CPACA; al igual que por la naturaleza del asunto y el último lugar de prestación del servicio.

## **6. PROBLEMA JURÍDICO.**

Consiste en establecer si entre la actora y la entidad territorial demandada, se configuró una relación laboral, en virtud de lo que la jurisprudencia a denominado como “funcionario de hecho” y/o si se verificó la ocurrencia de un contrato realidad, por haberse desnaturalizado la relación contractual derivada de su vinculación a través de contratos de prestación de servicios y, en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones reclamadas.

## **7. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.**

Esta agencia judicial considera que de los elementos probatorios allegados al proceso, se logró acreditar que entre la demandante y el MUNICIPIO DE ABEJORRAL, durante el tiempo de ejecución de los contratos de prestación de servicios, se configuró una verdadera relación laboral, tal como lo establece el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y en tal medida, el acto acusado se encuentra viciado de nulidad al haberse negado la aplicación del principio de supremacía de la realidad sobre las formas.

A *contrario sensu* y respecto de las pretensiones que no tiene soporte contractual entre las partes, se sostendrá que no se acreditó la existencia del empleo público en la planta de cargos de la entidad, presupuesto indispensable para que se reconozca la existencia del funcionario de hecho.

Para dar solución al problema jurídico planteado, se deberá tener en cuenta: **i)** el marco legal y jurisprudencial aplicable al caso y; **ii)** el caso concreto.

### **7.1. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL**

#### **7.1.1. DEL FUNCIONARIO DE HECHO**

Según la doctrina se denomina habitualmente funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>SAYAGUES LASO. Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, páginas 300 a 302.

Esta situación, puede presentarse por diferentes eventos, entre los cuales el Consejo de Estado distingue dos casos:

a) *En los períodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.*

b) *En épocas de anormalidad institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., el panorama es distinto.*

El Consejo de Estado ha acogido el concepto de funcionario de hecho, entre otros, en sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, donde se efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando lo siguiente:

*“(…) para que una persona natural desempeñe un empleo público, en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria) que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente. Ahora, muy excepcionalmente se da el caso de los FUNCIONARIOS DE HECHO, donde estos requisitos para el ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente y cuyas repercusiones en diferentes campos del derecho han sido analizadas; para esta figura es indispensable la existencia del empleo, lo cual implica que esté previsto en la respectiva planta de personal”.*  
Subrayado del Despacho.

Posteriormente, en sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. No. 25000-23-25-000-2004-03773-01 (689-2006), realizó similares planteamientos y reiteró la posibilidad de reconocer la existencia de una relación laboral de hecho, en los siguientes eventos:

*“...La doctrina, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado, han definido a los funcionarios de facto o de hecho, como aquellos que carecen de investidura o que la tienen, pero de manera irregular<sup>2</sup>, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado<sup>3</sup> y tienen los mismos derechos salariales y prestacionales que el régimen jurídico vigente reconoce a los funcionarios de iure. Los actos administrativos expedidos por ellos son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, porque se consideran como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho y porque ejercen sus funciones en condiciones de plena verosimilitud, tal como lo hacen éstos, de modo que la opinión general cree razonablemente que se trata de funcionarios investidos válidamente de función pública<sup>4</sup>.*

*Para la Sala, una irregularidad en la designación no puede ir en detrimento de las condiciones mínimas fijadas para el servidor público, pues existen postulados de rango constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, que se traduce en los principios “a trabajo igual salario igual” e irrenunciabilidad de los beneficios establecidos (artículos 25 y 53 de la C.P.)”.*

2 Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación de 6 de octubre de 1992, radicación AC-273. Cita del Consejo de Estado. Cita del Consejo de Estado.

3 Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de 96/08/15, radicación 8886. Cita del Consejo de Estado.

4 Sentencia de la Sección Primera de 26 de agosto de 1991. Radicación 1453. Cita del Consejo de Estado.

En esa ocasión, se ordenó el reconocimiento de las diferencias salariales y prestacionales a favor del actor, correspondientes al empleo desempeñado como funcionario de hecho.

Recientemente ha realizado similares planteamientos a los esbozados, enfatizando en los presupuestos indispensables para que se reconozca la existencia del funcionario de hecho, como son: la existencia del empleo público y el desempeño de funciones públicas con la anuencia y permiso de la administración, en la misma forma y apariencia como lo desempeñaría una persona nombrada regularmente, pero sin que medien la totalidad de los elementos formales que configuran la relación legal y reglamentaria propia de estos servidores.

En este sentido, señaló el Consejo de Estado:

*“De esta manera, se puede inferir que la Constitución prevé tres formas de vinculación con el Estado a saber: (i) A través de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos; (ii) mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales y; (iii) por medio de una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios.”<sup>5</sup>*

*No obstante, puede existir una vinculación con el Estado excepcional y anormal que se ha denominado “funcionario de hecho”, forma de vinculación a través de la cual una persona ocupa un cargo de la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, empero su investidura es irregular”.*

(...)

*Para que se dé esta última clase de vinculación es necesario acreditar entonces: (i) la existencia del cargo público; (ii) el ejercicio de las funciones de forma irregular (sin que medie nombramiento o elección según el caso, ni posesión o que estos ya no estén vigentes) y; (iii) que se ejerzan las funciones en las mismas condiciones en las que lo haría un funcionario de planta de la entidad. Además puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones.”<sup>6</sup>*

#### 7.1.2. DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON EL ESTADO

Para facilitar el cumplimiento de los fines constitucionales, y coadyuvar con el ejercicio de la función administrativa o pública a cargo de las autoridades o entidades estatales, el legislador faculta a las entidades para celebrar contratos de naturaleza civil, comercial o administrativa, y desarrollar las actividades específicas que se asignen por la entidad o que nazcan del acuerdo de voluntades, generalmente porque se trata del ejercicio de una tarea de carácter temporal, porque es ajena al objeto de la entidad, porque no cuenta dentro de su planta con servidores que cumplan dichas funciones, o simplemente se requieren habilidades, conocimientos o aptitudes especiales con las que no cuenta el personal de la entidad.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32 establece las clases de contratos que puede celebrar una persona natural con el Estado, dentro de los cuales se encuentra el contrato de prestación de servicios, el cual es regulado de la siguiente manera:

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. C.P. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ. Mayo 5 de 2016. Radicación 85001-23-31-000-2012-00032-02(2119-14).

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. C.P. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ. Abril 27 de 2016. SE 038. Radicado (2272-15)

**“Artículo 32. De los Contratos Estatales.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

**3°. Contrato de prestación de servicios:** Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado.

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

Se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993 cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, le pagan honorarios por los servicios prestados, y la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición, para suscribir contratos de prestación de servicios vale la pena señalar, que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque, si contrata por prestación de servicios, el desarrollo de funciones propias y permanentes de la entidad, se desdibuja dicha relación contractual.

La Corte Constitucional en sentencia C-171 de 2012, ha fijado los límites que se deben aplicar a los contratos de prestación de servicios, de la siguiente manera:

*“En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (iii) requieran de conocimientos especializados.*

*En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”<sup>7</sup>; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no*

<sup>7</sup> Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”<sup>8</sup>.*

### 7.1.3 DEL CONTRATO REALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS EN MATERIA LABORAL.

De vieja data, el máximo Tribunal de esta la Jurisdicción Contenciosa<sup>9</sup>, ha expresado que para establecer que existió una relación laboral deben concurrir los tres elementos, a saber, prestación personal del servicio, remuneración y subordinación y dependencia en desarrollo de una función pública, así:

*“Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito...”*

Ahora bien, en Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021<sup>10</sup> el Consejo de Estado llamó la atención en el sentido de que, a pesar de las constantes advertencias y recomendaciones de la Corte Constitucional para que los entes estatales cesen en “*el uso indiscriminado*” de la contratación por prestación de servicios, esta práctica no solo persiste, sino que se ha extendido, de allí que el Alto tribunal haya llegado a señalar que la Administración “*viola sistemáticamente a la Constitución*” cuando emplea de forma excesiva este tipo de contratos, pues “*desconoce las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra*”.

Así, en virtud del principio de la realidad sobre las formalidades, el Alto Tribunal estableció las manifestaciones que habrán de servirle al juez contencioso administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual, estos son: **i)** La existencia de estudios previos que dependen 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, y que por tratarse de un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual;

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-171 del siete (7) de marzo de dos mil doce (2012). Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011) Rdo: 50001-23-31-000-2004-10725-01(1079-09).

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación por importancia jurídica, fechada el 9 de septiembre de 2021 (segunda instancia) Rdo. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)

**ii)** Subordinación continuada entendida como aquella facultad para exigir al empleado el cumplimiento de órdenes, jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y sometimiento al poder disciplinario, **iii)** La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, donde 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; **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; **v)** la prestación personal del servicio y; **vi)** la remuneración.

En cuanto a la subordinación continuada como elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, sostuvo que es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio<sup>11</sup>, y consolidado como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia, éntrelas que destaco:

*“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.*

*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.*

*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.*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A; sentencia de 24 de abril de 2019; radicado 08001-23-33-000-2013-00074- 01(2200-16); C.P. William Hernández Gómez.

*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.”*

Además el Alto Tribunal unificó el sentido y alcance del término “estrictamente indispensable” como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.

Señalo que dicha interpretación unifica el significado y alcance del término “estrictamente indispensable” del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual se acompasa plenamente con la interdicción de prolongar indefinidamente la ejecución de los contratos estatales de prestación de servicios.

En la misma providencia el Alto Tribunal adoptó el término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios, término que señaló, 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.

Además, acogió la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la noción de “interrupciones amplias, relevantes o de gran envergadura”<sup>12</sup> que en los asuntos de su competencia, ha aplicado para desvirtuar las formalidades empleadas, en algunos casos, para simular la ruptura de la unidad contractual; esto con el propósito de identificar con mayor certeza si las suspensiones en los contratos de prestación

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral; sentencia número SL981-2019, de 20 de febrero de 2019. Señaló el Alto Tribunal: “En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece”.

de servicios reflejan la intención real de las partes de detener la continuidad del vínculo laboral subyacente.

## 8. DEL MATERIAL PROBATORIO

Para demostrar lo afirmado por las partes dentro del proceso, se arrimaron como medios de prueba los siguientes elementos:

- Declaraciones con fines extraprocesales (fls. 18-29 archivo 2)
- Historia clínica Hospital San Juan de Dios (fls. 30-31 archivo 2 y fls. 49-65 archivo 54)
- Acuerdo 006 “Por medio del cual se aprueba el estudio de reestructuración, se apoda la nueva planta de cargos, estructura orgánica y se fija la nueva escala salarial del municipio de Abejorral y se conceden unas facultades protempore al alcalde Municipal” (fls. 92-99 archivo 2).
- Reclamación administrativa (fls. 102-106 archivo 2)
- Certificación traslado régimen (fl. 19 archivo 19)
- Relación histórica de movimientos Porvenir (fls. 20-27 archivo 19)
- Relación de aportes – Porvenir (fls. 28-35 archivo 19 y archivo 59)
- Historia laboral consolidada – Porvenir (fls. 88-91 archivo 2 y fls. 36-39 archivo 19)
- Certificado afiliación a Porvenir
- Oficio 104 del 2 de julio de 2020, en el cual la Nueva EPS recomienda reincorporación laboral por calificación pérdida capacidad laboral inferior al 50% (fls. 2-3 archivo 47)
- Remisión concepto de rehabilitación radicado el 9 de junio de 2020 ante Porvenir (archivo 49)
- Solicitud subsidio equivalente a incapacidad (archivo 50)
- Oficio RP21-143 del 26 de mayo de 2021, en el cual Porvenir S.A. le informa a la demandante que el reconocimiento de las incapacidades hasta la fecha de emisión del concepto de rehabilitación está a cargo de la EPS, toda vez que no cumplió con el deber legal de expedir y remitir a la Administradora el Concepto de Rehabilitación Integral en forma oportuna (fls. 3-4 archivo 48)
- Solicitud valoración por pérdida de capacidad laboral (archivo 51)
- Historia Clínica Las Vegas (fls. 1-37 y 48- archivo 54)
- Historia clínica Instituto del Corazón (fl. 38 archivo 54)
- Historia clínica Hospital San Juan de Dios de la Ceja (fls. 39-40 archivo 54)
- Historia clínica San Vicente Fundación (fls. 41-42 archivo 54)
- Certificación de incapacidades (archivo 55)
- Calificación de pérdida de la capacidad laboral (archivo 57)
- Contrato de Prestación de Servicios N° 42, suscrito el 28 de junio de 2011<sup>13</sup>, del cual se sustrae:

Contratista: BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI  
Contratante: MUNICIPIO DE ABEJORRAL

---

<sup>13</sup> Ver fls. 83 - 85 archivo 2



Objeto del Contrato: La contratista se obliga a preparar los alimentos para las niñas y niños del programa restaurante escolar del municipio de Abejorral.

Valor: \$1.500.000

Duración del contrato: 76 días a partir de la suscripción del contrato.

- Contrato de Prestación de Servicios suscrito el 12 de marzo de 2012 (incompleto, no contiene las cláusulas iniciales, ni la identificación del contrato)<sup>14</sup>
- Contrato de Prestación de Servicios N° 069-2012, suscrito el 3 de julio de 2012<sup>15</sup>, del cual se sustrae:

Contratista: BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI

Contratante: MUNICIPIO DE ABEJORRAL

Objeto del Contrato: La contratista se obliga a preparar los alimentos para las niñas y niños del programa restaurante escolar de la Institución Educativa Manuel Canuto Restrepo, sede primaria, del municipio de Abejorral.

Valor: \$3.946.648

Duración del contrato: 148 días a partir del acta de inicio

- Contrato de Prestación de Servicios N° 051-2013, suscrito el 18 de febrero de 2013<sup>16</sup>, del cual se sustrae:

Contratista: BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI

Contratante: MUNICIPIO DE ABEJORRAL

Objeto del Contrato: La contratista se obliga a preparar los alimentos para las niñas y niños del programa restaurante escolar de la Institución Educativa Manuel Canuto Restrepo, sede primaria, del municipio de Abejorral.

Valor: \$2.966.406 + 192.269 (Adición)

Duración del contrato: 110 días hasta el 7 de junio de 2013 y 7 días hasta el 14 de junio (Adición)

- Contrato de Prestación de Servicios N° 164-2013, suscrito el 10 de julio de 2013<sup>17</sup>, del cual se sustrae:

Contratista: BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI

Contratante: MUNICIPIO DE ABEJORRAL

Objeto del Contrato: La contratista se obliga a preparar los alimentos para las niñas y niños del programa restaurante escolar de la Institución Educativa Manuel Canuto Restrepo, sede primaria, del municipio de Abejorral.

Valor: \$3.790.406

Duración del contrato: hasta el 30 de noviembre de 2013

---

<sup>14</sup> Ver fls. 81 - 82 archivo 2

<sup>15</sup> Ver fls. 77 - 80 archivo 2

<sup>16</sup> Ver fls. 73 - 75 archivo 2, la adición al contrato fechada el 7 de junio de 2013 obra a fl. 76 del archivo 2

<sup>17</sup> Ver fls. 68 - 72 archivo 2

- Contrato de Prestación de Servicios N° 009-2014, suscrito el 20 de enero de 2014<sup>18</sup>, del cual se sustrae:

Contratista: BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI

Contratante: MUNICIPIO DE ABEJORRAL

Objeto del Contrato: El contratista se obliga a la prestación de servicios de apoyo en la preparar de los alimentos para las niñas y niños del programa restaurante escolar de la Institución Educativa Manuel Canuto Restrepo, sede primaria, del municipio de Abejorral.

Valor: \$4.073.760

Duración del contrato: hasta el 13 de junio de 2014

- Contrato de Prestación de Servicios N° 031-2015 (ilegible)<sup>19</sup>
- Contrato de Prestación de Servicios N° 039-2016 CD, suscrito el 27 de enero de 2016<sup>20</sup>, del cual se sustrae:

Contratista: BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI

Contratante: MUNICIPIO DE ABEJORRAL

Objeto del Contrato: Preparar los alimentos para las niñas y niños del programa restaurante escolar de la Institución Educativa Manuel Canuto Restrepo, sede primaria, del municipio de Abejorral.

Valor: \$7.680.000

Duración del contrato: 65 días a partir del acta de inicio

- Contrato de Prestación de Servicios N° 087-2016 CD, suscrito el 15 de abril de 2016<sup>21</sup>, del cual se sustrae:

Contratista: BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI

Contratante: MUNICIPIO DE ABEJORRAL

Objeto del Contrato: La contratista se obliga a preparar los alimentos para las niñas y niños del programa restaurante escolar de la Institución Educativa Manuel Canuto Restrepo, sede primaria, del municipio de Abejorral.

Valor: \$7.680.000

Duración del contrato: 230 días y hasta el 30 de noviembre de 2016

- Contrato de Prestación de Servicios N° 015-2017 CD, suscrito el 14 de enero de 2017<sup>22</sup>, del cual se sustrae:

Contratista: BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI

Contratante: MUNICIPIO DE ABEJORRAL

Objeto del Contrato: Prestación de servicios para preparar los alimentos para las niñas y niños del programa restaurantes escolares

---

<sup>18</sup> Ver fls. 65 - 67 archivo 2

<sup>19</sup> Ver fls. 61 - 64 archivo 2

<sup>20</sup> Ver fls. 57 - 60 archivo 2

<sup>21</sup> Ver fls. 52 - 56 archivo 2

<sup>22</sup> Ver fls. 47 - 51 archivo 2

de las instituciones educativas de la zona urbana y rural del municipio de Abejorral.

Valor: \$4.944.000

Duración del contrato: 153 días y hasta el 15 de junio de 2017

- Contrato de Prestación de Servicios N° 145-2017 CD, suscrito el 2 de septiembre de 2017<sup>23</sup>, del cual se sustrae:

Contratista: BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI

Contratante: MUNICIPIO DE ABEJORRAL

Objeto del Contrato: Preparar los alimentos para las niñas y niños del programa restaurantes escolares de las instituciones educativas de la zona urbana y rural del municipio de Abejorral.

Valor: \$3.296.000

Duración del contrato: 100 días y hasta el 10 de diciembre de 2017

- Contrato de Prestación de Servicios N° 132-2018 CD, suscrito el 15 de enero de 2018<sup>24</sup>, del cual se sustrae:

Contratista: BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI

Contratante: MUNICIPIO DE ABEJORRAL

Objeto del Contrato: Apoyo y fortalecimiento del programa de alimentación escolar (PAE) a través del componente de preparación de los alimentos en las instituciones educativas de la zona urbana y rural del municipio de Abejorral.

Valor: \$5.628.745

Duración del contrato: 157 días y hasta el 30 de junio de 2018

- Contrato de Prestación de Servicios N° 120-2019 CD, suscrito el 8 de febrero de 2019<sup>25</sup>, del cual se sustrae:

Contratista: BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI

Contratante: MUNICIPIO DE ABEJORRAL

Objeto del Contrato: Apoyo y fortalecimiento del programa de alimentación escolar (PAE) a través del componente de preparación de los alimentos en las instituciones educativas de la zona urbana y rural del municipio de Abejorral.

Valor: \$1.656.232

Duración del contrato: 50 días y hasta el 30 de marzo de 2019

- INTERROGATORIO DE PARTE

En su declaración la demandante manifestó que llegó a trabajar al Municipio de Abejorral porque tenía un niño pequeño, pero no tenía como mantenerlo, por ello acudió al Palacio Municipal donde el Alcalde le dijo que fuera donde la señora Matilde Echeverri, que lo único que le podía ofrecer en ese momento era el

---

<sup>23</sup> Ver fls. 42 - 46 archivo 2

<sup>24</sup> Ver fls. 37 - 41 archivo 2

<sup>25</sup> Ver fls. 32 - 36 archivo 2

restaurante escolar. Que habló con la señora Matilde y la contrataron, eso fue en 1991.

Que no le hicieron contratación, el Alcalde le dijo que empezara a trabajar, que le pagaban el mínimo y ya, cada 15 días le pagaban, lo hacía la encargada del restaurante que era Matilde Echeverri, ella era empleada del Municipio. Varios años estuvo así, luego la pasaron para una entidad con la que el Municipio contrató la alimentación de los niños que se llama Generación Colombia, cuando llegó otro Alcalde quitó esa contratación y volvió y les dijo que quedaban con el Municipio, pero sin contratos, solo verbal y les seguían pagando el mínimo. En ese tiempo no pagaba ni pensión ni seguridad social, ya como para 2011 aun cuando el contrato era verbal, se le exigió que pagara seguridad social, entonces empezó a pagarla de su cuenta, no se acuerda sobre qué base, aún sigue pagando.

Posteriormente otro Alcalde cambió la forma de contratación por la de prestación de servicios, en la Alcaldía quedaron con ellos.

Quien le daba órdenes era la secretaria de Salud que era la Dra Lina y los encargados de contratar y llevar el mercado eran Sandra Mana, Wilfredo, Matilde, eran diferentes personas cada tiempo, pertenecían como a la Secretaría de Salud.

Su horario al principio era de 06:00 a.m. hasta la hora que terminara, después empezaron a las 04:30 porque les tocaba tener el desayuno para las 07:30 y seguir adelantando todo el día, hasta la hora que terminaran tipo 04:00 p.m. o 05:00 p.m., a veces cuando terminaban las mandaban a hacer aseo a la bodega donde repartían la leche del MANA y las ponían a repartir la leche, o las ponían a empacar los mercados del restaurante escolar de los campos los viernes, tenían que estar listos para lo que los llamaran, cuando no había estudio les hacían ir a hacer el aseo general del Municipio, lavar el parqueadero, limpiar vidrios de 08:00 a 06:00 p.m. La encargada del restaurante les decía que era orden del Alcalde.

La relación laboral se terminó porque ella se cayó en la cocina con un balde, se le reventaron los meniscos, entonces empezó a pedir citas médicas y todo hasta que la operaron, el médico le dio unas restricciones como que no podía subir escalas ni levantar cargas mayores a 10 kilos, ella las llevó a Secretaría de Salud y lo que le dijeron fue que ya no servía para trabajar. La dejaron hasta el 30 de marzo de 2019, ya ese día la sacaron, le informaron que ya no había más contrato.

- DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

La señora ÁNGELA ROSA OBANDO, señaló que conoció a la demandante cuando estudiaba y se alimentaba en el restaurante escolar donde ella ejercía, terminó sus estudios y empezó a trabajar en el Municipio con ella en el año 2007, la vinculación fue a través de la Alcaldía, Sandra Marulanda era la que contrataba para el restaurante escolar.

La testigo inició haciendo los desayunos para los niños de los colegios y luego la dejaron en el restaurante para hacer los almuerzos, la señora Nubia hacía los almuerzos también, trabajaba con lo que los niños le pagaran y ya con el Municipio tenía el sueldo. Los niños al principio pagaban por el almuerzo y con lo que ellos pagaban Blanca Nubia se pagaba, eso fue cuando la testigo se alimentaba en el restaurante escolar, lo sabe porque la demandante recogía la plata; luego llegó otra administración y ya le pagaban un sueldo, no recuerda la fecha, pero cuando ella empezó a trabajar (2007) el Municipio era el que le pagaba a la demandante.

Sostiene que iniciaban labores a las 04:00 a.m. y salían a las 04:00 p.m. o 05:00 p.m., aunque eso dependía de la temporada, porque a veces tenían que ir a organizar la bodega, a repartir leche, los sábados reclamar y almacenar el mercado, la señora Sandra Marulanda les decía que el alcalde mandaba a decir, también les tocó un día ir al Palacio a hacer aseo.

Que Blanca Nubia solo atendía a los estudiantes, pero cuando había eventos como las Fiestas del Arco o los intercolegiados también las ponían a cocinar. No les proporcionaban uniformes, les daban muy de vez en cuando un delantal, cuando iniciaba el periodo escolar.

Que la testigo laboró en la escuela Dionisio Arango Mejía, trabajo hasta el 2016 y sabe que la demandante ya no trabaja porque está muy enferma, tiene artrosis y una cirugía de rodilla.

Por su parte la señora LUZ DARY BERNAL GARCÍA indicó que trabajó como educadora en la Betulia una vereda de Abejorral, en Pantanillo, en el Buey Mesopotamia, en el Erizo y terminó en la IE Dionisio Arango Mejía el 1° de mayo de 2013, conoce a la demandante hace como 30 o 35 años, porque ella era manipuladora en el Municipio de Abejorral donde trabajó mucho tiempo haciendo el almuerzo de los niños, además colaboraba con algunas actividades extras del Municipio, lo sabe porque como educadora, durante los once años y medio que trabajo en Abejorral le tocaba bajar los niños al restaurante, que era donde hoy día es la casa cultural del Municipio, además cuando a la testigo le tocó trabajar en las veredas debía reclamar los almuerzos para los niños de las veredas.

Señala que la demandante trabajaba con la señora Matilde Echeverri, que también era la encargada de repartir mercados y le colaboraba también a ella. Nubia le colaboró al Municipio como 30 o 35 años, no sabe la forma de vinculación ni de pago, solo que las otras compañeras decían que con el Municipio.

Lo poquito que sabe es que a ella la sacaron del Municipio por enferma, pues hace aproximadamente de 2 a 3 años (de la declaración) empezó a enfermarse por problemas de la rodilla, y se dieron cuenta en el Magisterio que a Nubia la habían sacado que por quebrantos de salud.

Que había actividades extras del Municipio en las que la demandante colaboraba con la alimentación, como cuando llegaban Instituciones de deporte o gente al Municipio, ella siempre estaba con un delantal y un gorro blanco.

No tiene conocimiento de quien recibía las órdenes la demandante porque la testigo trabajaba con sus niños, pero cuando bajaba al restaurante Nubia estaba trabajando; a veces se encontraba con las coordinadoras de los restaurantes como doña Matilde Echeverri o Sandra Marulanda.

Que cuando trabajó en la Institución Dionisio Arango Mejía, las educadoras se repartían la disciplina, cuando le tocaba a ella llegaba antes de las 07:00 a.m. y doña NUBIA ya estaba en la cocina de la escuela, ella le decía que llegaba a las 5:00 de la mañana, muchas veces la testigo terminaba su jornada, iba a su casa, regresaba a trabajar con los niños algunos proyectos y doña Nubia seguía allá, muchas veces hasta las 4, 5 o 6 de la tarde.

## **9. DEL CASO CONCRETO**

Se discute en este caso la legalidad del acto ficto negativo derivado de la reclamación presentada ante el MUNICIPIO DE ABEJORRAL, con el propósito de que se reconozca a la demandante la existencia de una relación laboral, como consecuencia de la estructuración de la figura del funcionario de hecho o en virtud de la distorsión de la relación contractual – contrato de prestación de servicios-, conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas y, si a consecuencia de ello, resulta procedente ordenar el reconocimiento de prestaciones y el pago de los aportes a pensiones por todo el tiempo laborado.

Al respecto y de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, se encuentra acreditado que la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI prestó sus servicios como manipuladora de alimentos o afines en el restaurante escolar del MUNICIPIO DE ABEJORRAL por lo menos entre los años 1991 a 1996 y de 1998 a 2019, anualidad en la que la contratación sucesiva a través de contratos de prestación de servicios finalizó.

El Despacho se sitúa en dicho límite temporal, en tanto de conformidad con lo narrado por la demandante en su interrogatorio y lo vertido en la declaración con fines extraprocesales rendida por las señoras María Elena López de Ríos y María Gilma Ríos Cardona (fls. 26-29 del archivo 2), frente a cuyo contenido no se solicitó ratificación ni se presentó contradicción por las entidades demandadas, la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI viene trabajando desde el año 1991 en los restaurantes escolares del MUNICIPIO DE ABEJORRAL; esta última señaló además que de 1991 a 1996 fueron compañeras de trabajo.

De otro lado, según las certificaciones obrantes a fls. 37-38 del archivo 19 y según lo señalado en los alegatos conclusivos arrimados por la Entidad Territorial demandada, entre 1998 a 2003 el servicio de restaurante escolar fue prestado a través de una cooperativa o prestador de servicios, que era el contratante de la demandante, lo cual, si bien no reconoce la relación laboral, lo mismo no puede

concluirse respecto de la prestación del servicio por la demandante, que en momento alguno fue desconocido por la Entidad Territorial demandada.

Aquí cabe precisar que no fue posible verificar si en dicho periodo se efectuaron efectivamente aportes al sistema de seguridad social en pensiones (con excepción del periodo corrido de abril a noviembre de 2003) porque no se aportaron los periodos cotizados en Colpensiones antes del traslado efectuado a Horizontes hoy Porvenir.

Ya de 2003 a 2019, la prestación del servicio se encuentra soportada en la declaración de la señora Luz Dary Bernal García quien refirió que se desvinculó de la docencia el 1° de mayo de 2013, y que durante los once años y medio que trabajo en Abejorral le consta que la demandante prestaba sus servicios en el restaurante escolar del Municipio, argumento que se ve ratificado con lo declarado por la señora Luz Dary Bernal García, quien sostiene que en el 2007 ingresó a laborar en el restaurante escolar del Municipio, fecha para la cual ya la demandante se encontraba a cargo de los almuerzos de los niños.

Además de ello, se encuentra soportado que el MUNICIPIO DE ABEJORRAL, entre junio de 2011 y febrero de 2019, suscribió con la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI como mínimo trece (13) contratos bajo la modalidad de prestación de servicios, cuyo objeto contractual era la elaboración de los alimentos para las niñas y niños del programa de restaurantes escolares de las instituciones educativas de la zona urbana y rural del Municipio de Abejorral.

Ahora bien, para que se configure una verdadera relación laboral, tal como lo establece el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y como lo ha expresado en repetidas ocasiones el Consejo de Estado, deben concurrir 3 elementos, cuales son: **i)** que la actividad haya sido desarrollada de manera personal, **ii)** que haya una remuneración y, **iii)** que exista subordinación y dependencia.

Es así que la ausencia de relación laboral entre el contratista y la entidad contratante y/o la usuaria del servicio, puede ser probatoriamente desnaturalizado en la medida en que se demuestre que los mencionados elementos esenciales tipificadores de la relación laboral se encuentran presentes.

En el caso objeto de estudio, como viene de señalarse no ofrece discusión el hecho de que la prestación del servicio se realizó de manera personal por la demandante en los restaurantes escolares del MUNICIPIO DE ABEJORRAL, conforme se concluye del interrogatorio absuelto, de lo narrado por los testigos, y del objeto contractual vertido en los contratos de prestación de servicios, además de que, sobre el particular, ninguna oposición se formuló por la demandada.

Ahora, en cuanto al segundo elemento necesario para derivar una relación laboral, cual es la remuneración por el servicio prestado, el mismo se encuentra demostrado, comoquiera que en los contratos de prestación de servicios se estipuló un valor y las condiciones para su pago, y en esa medida, la suma de dinero que tenía derecho a percibir la demandante y la modalidad del pago; lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado,

independientemente de su denominación, que para el caso le era pagada mensualmente.

Por su parte, la subordinación, como tercer presupuesto, constituye el elemento medular en la cuestión, puesto que los dos anteriores, por lo general, son comunes al contrato de prestación de servicios y al contrato laboral. Componente que consiste en aquellos actos que restan o anulan el elemento autonomía e independencia del contratista, en virtud de la imposición que hace la entidad, y ello ocurre, cuando su relación deja de ser de coordinación, y se convierte en la de un verdadero empleador, que ejerce facultades como aquellas que nacen del *ius variandi*. En palabras del Máximo Tribunal Contencioso Administrativo:

*“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<sup>26</sup>”*

Para desarrollar el elemento subordinación, debe establecerse en primera medida, en quien radica la competencia para la ejecución del Programa de Alimentación Escolar (PAE), a efecto de determinar si existe relación entre las competencias asignadas por la ley a la Entidad territorial y las funciones de la actora, habida cuenta de que se trata de funciones inherentes a esta y que apunten a la consecución ordinaria de sus objetivos, su carácter permanente hace que quien se desempeña en estas normalmente esté sujeto a situaciones de subordinación.

Sobre el particular se tiene que a través de la Ley 075 de 1968, se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se establecieron varias funciones en materia de nutrición de los menores de edad, entre las que se encontraba coordinar con el Ministerio de Educación “*la generalización de una organización eficaz de restaurantes escolares o de suministro de suplementos alimenticios*” (artículo 54). Así, los programas de alimentación escolar para el sector público eran ejecutados bajo la orientación, financiación y lineamientos del ICBF.

posteriormente, la Ley Orgánica 715 de 2001<sup>27</sup> en su artículo 76 reguló lo relativo a los restaurantes escolares en los siguientes términos:

*“Competencias del municipio en otros sectores. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:*

---

<sup>26</sup>Consejo de Estado, sección 2ª, sentencia del 28 de junio de 2018, rad. 4318-2016, C.P. Carmelo Perdomo Cueter

<sup>27</sup> “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”.



#### 76.17. Restaurantes escolares

Corresponde a los distritos y municipios garantizar el servicio de restaurante para los estudiantes de su jurisdicción, en desarrollo de esta competencia deberán adelantar programas de alimentación escolar con los recursos descontados para tal fin de conformidad con establecido en artículo 2°, parágrafo 2° de la presente ley, sin detrimento de los que destina el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a este tipo de programas u otras agencias públicas o privadas.

*La ejecución de los recursos para restaurantes escolares se programará con el concurso de los rectores y directores de las instituciones educativas.*

*Estos recursos se distribuirán conforme a fórmula para la distribución de recursos de la participación de propósito general”.*

Ulteriormente a través de la Ley 1450 de 2011, se trasladó del ICBF al Ministerio de Educación Nacional, la orientación, ejecución y articulación del programa, de manera concurrente con las entidades territoriales (artículo 136 parágrafo 4°). No obstante; la Ley 1551 de 2012 le asignó a las entidades territoriales la ejecución del PAE, pues en su artículo 6° dispuso que corresponde a los municipios “*ejecutar el Programa de Alimentación Escolar con sus propios recursos y los provenientes del Departamento y la Nación, quienes podrán realizar el acompañamiento técnico, acorde con sus competencias*”.

Así, de acuerdo con la normativa en cita, no cabe duda de que por lo menos a partir de la expedición de la Ley 715 de 2001, la ejecución del Programa de Alimentación Escolar - PAE es de competencia de la Entidad Territorial, obligación legal que debe garantizar a través de diferentes fuentes de financiación, pues constituye un elemento fundamental para el arraigo de la población estudiantil al sistema oficial de educación.

Así las cosas, las actividades desarrolladas por la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI estaban relacionadas con las facultades abrogadas por la Ley a los municipios y/o sus representantes, pues el objeto de los contratos estaba dirigido a la elaboración de los alimentos para las niñas y niños del programa de restaurantes escolares de las instituciones educativas de la zona urbana y rural del Municipio demandado, conforme lo señalado al unísono por los testigos y lo plasmado en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

Ahora bien, en los contratos de prestación de servicios obrantes en el plenario, se encuentran relacionadas las obligaciones de la señora BOTERO ECHEVERRI, mismas que no se limitan al cumplimiento autónomo de una actividad determinada, en tanto se dispone la obligación de: *preparar los diferentes alimentos para las niñas y niños del restaurante escolar, prestar el servicio dentro del horario establecido en el establecimiento educativo, realizar la desinfección del menaje necesario para la preparación y el consumo de los alimentos, preparar los alimentos siguiendo los lineamientos exigidos en la minuta establecida por la alianza de mana escolar y el ICBF, seguir las recomendaciones impartidas por la Institución Educativa y por el interventor, reportar al Municipio incumplimientos en la entrega de los alimentos, así como la deficiente calidad de los mismos si fuere el caso.*

Tales funciones, disienten con el desarrollo de actividades al libre criterio ocupacional de la actora, en tanto se le impone el cumplimiento de directrices y actividades de la Entidad, y, por tanto, no solo el quehacer, sino el cómo y cuándo hacerlo. Además, según lo narrado por la señora Ángela Rosa Obando, a veces las ponían a organizar la bodega, a repartir leche, a reclamar y almacenar el mercado y cuando había eventos como las Fiestas del Arco o los Intercolegiados, también las ponían a cocinar; y según lo relatado por la docente Luz Dary Bernal García, cuando había actividades extras del Municipio a la demandante le correspondía “colaborar” con la alimentación.

Testimonios que merecen total credibilidad, porque además de ser coherentes entre sí, provienen de personas que acompañaron a la demandante en el desarrollo de su labor, como es el caso de la señora Ángela Rosa o que laboraban en el mismo establecimiento educativo y recibían de la demandante la alimentación para sus alumnos cual es el caso de la señora Luz Dary Bernal, por lo que no es extraño que sean quienes tienen conocimiento acerca de las condiciones en que se desarrolló la relación contractual entre la entidad y la actora, y sus funciones.

De otro lado, una de las características del contrato de prestación de servicios es su vigencia la cual *“es temporal y, por tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades por 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 permanentes 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.”*<sup>28</sup>

Dicha modalidad contractual en las entidades públicas se debe restringir sólo a aquellos casos en los que la entidad requiera adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque, si contrata por prestación de servicios, labores cotidianas y permanentes en el desarrollo de su objeto, se desdibuja dicha relación contractual.

Así, resulta claro para esta instancia que las funciones para las que fue contratada la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI mediante la figura de prestación de servicios por el MUNICIPIO DE ABEJORRAL, no eran ocasionales, accidentales o transitorias, en tanto fueron desarrolladas por esta por un interregno superior a los ocho (8) años, lo que demuestra la necesidad y continuidad de las actividades que desempeñó, las cuales, por su extensa duración, tienen vocación de permanencia en la Entidad, lo cual desvirtúa que sean actividades de carácter extraordinarias a las misionales de la Entidad.

En ese orden de ideas, no puede desconocer el Despacho la forma irregular como ha procedido la entidad territorial demandada, utilizando contratos de prestación de

---

<sup>28</sup> Derecho Administrativo Laboral. Jairo Villegas Arbeláez. Decimoprimera Edición. Pág. 186

servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes, pues en estas condiciones, la modalidad de contratación sucesiva para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, dado que la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este.

Así las cosas, una vez desvirtuada tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el sub examine, esto es, la prestación personal del servicio de manera permanente, la contraprestación y la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, concluye este Despacho que el MUNICIPIO DE ABEJORRAL desnaturalizó la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad, en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política.

En esa medida, dado que concurren los elementos para que de la relación contractual surjan efectos jurídicos en favor de la demandante, de cara a una relación laboral, en amparo de los derechos que tal situación implica, habrá de declararse la nulidad parcial del acto ficto presunto negativo, configurado por la omisión en dar respuesta a la petición radicada el 2 de septiembre de 2020, en la que se solicita el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el correspondiente reconocimiento y pago de prestaciones laborales, pues con la negativa al reconocimiento de la relación laboral y el pago de los emolumentos que de ello se derivan, se incurrió en los vicios de infracción de las normas en que debía fundarse.

Ahora, es necesario advertir que el hecho de reconocer la existencia de una relación laboral entre la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI y el MUNICIPIO DE ABEJORRAL, no implica que se le pueda otorgar a la actora la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma, se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>29</sup>:

*“No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión.*

*El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el*

---

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16, Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL, Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA), Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Tema :Contrato realidad (docente), Actuación Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011

*reintegró, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas”.*

Así las cosas, los derechos económicos laborales habrán de reconocerse, no a título de restablecimiento del derecho, sino a título de indemnización<sup>30</sup>, y por lo tanto, una vez acreditados los elementos propios de la relación laboral, surge el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones que perciben los servidores públicos de la Entidad en la cual prestó los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios.

En tal sentido, se ordenará el reconocimiento y pago de las prestaciones legales y extralegales percibidas por un auxiliar administrativo grado 01 adscrito al MUNICIPIO DE ABEJORRAL, por los periodos durante los cuales existió vínculo laboral y que se corresponden a aquellos en los cuales se desarrollaron los contratos de prestación de servicios; tomando como referente los honorarios pactados en los contratos, en pro de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, dado que, como se señaló la Entidad no tiene dentro de su planta de cargos uno ejecute las labores desarrolladas por la demandante.

No obstante, dado que los contratos de prestación de servicios se pactaron por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, dicha indemnización corresponde hacerse, respecto de los contratos suscritos por el actor con la entidad territorial, sin solución de continuidad, siempre y cuando entre la finalización de uno y la celebración del siguiente no transcurran más de 15 días hábiles, término razonable según lo dispuesto por la jurisprudencia.<sup>31 - 32</sup>, sin perjuicio de lo que más adelante se establezca respecto de la configuración del fenómeno prescriptivo.

De otro lado, ya frente a la relación que se desarrolló entre las partes y que no se encuentra acreditada documentalmente, porque se dio de manera informal, corresponde entonces verificar al Despacho si hay lugar al reconocimiento de las pretensiones solicitadas en la demanda, bajo la figura del “funcionario de hecho” que como se dijo anteriormente, es de origen jurisprudencial, y se da cuando quien carece de investidura o la tiene de manera irregular, desempeña funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado.

Al respecto el artículo 122 constitucional indica: *“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter*

---

<sup>30</sup> Subsección B de la Sección Segunda el 27 de noviembre de 2014, dentro del expediente 3222 de 2013, demandante: David Alejandro Jaramillo Arbeláez, C.P. Gerardo Arenas Monsalve que reiteró sobre el particular lo que la Sala consideró en la Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

<sup>31</sup> Ver sentencia de fecha 26 de junio de 2016, proferida por la Sección Segunda Subsección A, radicado No 68001-23-33-000-2013-00174-01(0881-14) en la cual, se sostuvo lo siguiente: «... No sucede lo mismo con los contratos 070 de 2005, 020 de 2006 y 029 de 2007, por cuanto entre la finalización de este último (8 de enero de 2008) y la celebración del siguiente, identificado con el No. 25 de 2008 (1 de febrero de 2008), hubo solución de continuidad<sup>31</sup> por presentarse una interrupción del servicio superior a 15 días hábiles, circunstancia que implicaba que el actor dentro del término de prescripción trienal (hasta el 8 de enero de 2011) debía agotar la vía gubernativa para efectos de reclamar el reconocimiento de los derechos prestacionales generados de los contratos previamente citados y así evitar la prescripción trienal del derecho.

<sup>32</sup> Ver sentencia de la Sección Segunda de fecha 26 agosto de 2016.

*remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente...”.*

Por su parte el numeral 1° del artículo 19 de la Ley 909 de 2004 señala que: *“Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”.*

En el presente caso, ningún esfuerzo probatorio se hizo a efecto de acreditar la existencia de un empleo público de “manipuladora de alimentos o afines” en la planta de personal de la entidad, con funciones determinadas en la ley o reglamento y un salario contemplado en el presupuesto de la Entidad, cual es el primer requisito contemplado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que proceda el reconocimiento de beneficios prestacionales, en favor de quien, sin el lleno de los requisitos formales para acceder al empleo, lo realizó con la aquiescencia de la administración.

En un proceso donde igualmente se discutía la existencia de una relación legal y reglamentaria, se pronunció recientemente el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*“...la Sala debe decir que de modo alguno se probó que existiera un empleo público de celador en la planta de dicho ente educativo, con funciones determinadas en la ley o reglamento y con un salario contemplado en el presupuesto de la entidad. Por ello, contrario a lo afirmado en la demanda, no se trató de un acuerdo con los elementos de una relación legal y reglamentaria, que pueda tenerse como un acto de nombramiento, sino que solo medió un contrato de comodato que permitió que el demandante llegara a habitar la Escuela Mixta José María Carbonell, de donde surgieron unas prestaciones mutuas por esa relación contractual”<sup>19</sup>.*

En esa medida, y muy a pesar de que se encuentre probada la prestación del servicio por la demandante, en acogimiento de lo dispuesto por la jurisprudencia debe concluir este Juez que la misma no tenía la calidad de empleada pública de hecho del MUNICIPIO DE ABEJORRAL, por lo que las pretensiones que escapan del análisis efectuado bajo el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, es decir, aquellas que no ofrecen un soporte contractual entre las partes (contrato de prestación de servicios) habrán de ser denegadas.

## **10. SOBRE LAS EXCEPCIONES**

### **10.1 PRESCRIPCIÓN**

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso la excepción de prescripción, respecto de las obligaciones de tracto sucesivo, que tuvieran más de tres (3) años desde la fecha de su causación hasta la fecha de notificación de la demanda.

Al respecto y después de las múltiples variaciones de tesis sobre la prescripción en los asuntos relacionados con contrato realidad, esta fue finalmente definida por el Consejo de Estado mediante la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de

2016<sup>33</sup>, providencia en la cual se señaló:

*“...En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el **régimen prestacional de los empleados públicos**, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.*

*Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad<sup>34</sup>, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales<sup>35</sup> y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales<sup>36</sup>, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas<sup>37</sup> e irrenunciabilidad a la seguridad social<sup>38</sup>.*

*... Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador...”*

De conformidad con lo expuesto, se puede concluir que cuando de la ejecución de un contrato se pueda evidenciar la posible existencia de una relación laboral, el interesado debe reclamar la declaración de dicha existencia, en un término no mayor de 3 años desde la terminación del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la relación laboral y consecuentemente, el pago de las prestaciones a las que habría lugar.

En el presente, como quiera que fueron trece los contratos sucesivos sobre los que verso la relación, en principio contractual entre el demandante y el MUNICIPIO DE ABEJORRAL, correspondía a la parte actora demandar a la finalización de cada vínculo contractual la existencia del contrato realidad.

---

<sup>33</sup> Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, Radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

<sup>34</sup> Constitución Política, artículo 53.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 1141 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. “El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción”.

<sup>37</sup> Constitución Política, artículo 25.

<sup>38</sup> *Ibidem*. artículo 48, inciso 2°.

En el presente caso, se encuentra probado que la demandante presentó ante la entidad la solicitud de reconocimiento de la existencia de la relación laboral el 2 de septiembre de 2020, esto es, dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, respecto a los contratos suscritos entre el 2 de septiembre de 2017 y el 8 de febrero de 2019 (que terminó el 30 de marzo de 2019) y acudió en término ante esta jurisdicción.

Cosa distinta ocurre respecto de los reconocimientos que aquí se buscan en relación a la vinculación que surgió como consecuencia de los contratos de prestación de servicios suscritos con anterioridad, que han quedado afectados por el fenómeno prescriptivo, por lo que solo podrán pagarse los conceptos reconocidos en esta sentencia y que fueron causados a partir del 2 de septiembre de 2017, dejando a salvo eso sí lo que respecta a los aportes a la seguridad social en pensiones.

Las demás excepciones de mérito formuladas por el Fondo de Pensiones se entienden resueltas a lo largo de lo esbozado en la presente decisión.

## **11. DECISIÓN.**

Así las cosas, en virtud de la configuración del contrato realidad, se declarará la nulidad parcial del acto ficto presunto negativo, configurado por la omisión en dar respuesta a la petición radicada el 2 de septiembre de 2020, en la que se solicita el reconocimiento del contrato realidad y el pago de las prestaciones que de su reconocimiento se deriven.

Por lo anterior, el MUNICIPIO DE ABEJORRAL deberá pagar a la demandante los valores correspondientes a las prestaciones legales y extralegales que recibe un auxiliar administrativo grado 01 vinculado a la Entidad Territorial (cargo mas bajo), tomando como base de liquidación o salario el equivalente a los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios.

Las sumas de dinero que deban reconocer por concepto de prestaciones sociales y demás emolumentos que tuviere el cargo; serán indexadas a la fecha de ejecutoria de la sentencia, obedeciendo la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de prestaciones sociales y demás emolumentos, 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 sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

De igual forma se realizarán los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, con los respectivos descuentos de los porcentajes a cargo del trabajador, si hubiere lugar a ello.

Lo anterior conlleva la obligación para la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES de empezar acciones de cobro frente a la Entidad Territorial, de manera extrajudicial y dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que comenzó la mora, en caso de que esta última omita dentro de los términos legales cumplir con la obligación de efectuar los aportes a pensiones ordenados en esta sentencia.

## **12. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**

Conforme lo disponen los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, numeral 8, al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que indique causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad de los actores en la defensa de sus intereses, razón que, al margen de la conducta de las partes, lo que sugiere es que no es menester imponer una condena en costas.

En merito a lo expuesto EL JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO:** DECLARAR la nulidad parcial del acto ficto presunto negativo, configurado por la omisión en dar respuesta a la petición radicada el 2 de septiembre de 2020, en la que se solicita el reconocimiento del contrato realidad y el pago de prestaciones, frente a los tiempos servidos bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios.

**SEGUNDO:** DECLARAR que entre la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI identificada con la cédula de ciudadanía N° 21.421.912 y el MUNICIPIO DE ABEJORRAL, existió una relación laboral, conforme se ha indicado en la parte motiva.

**TERCERO:** A título de indemnización se ORDENA al MUNICIPIO DE ABEJORRAL, reconocer y pagar a la señora BLANCA NUBIA BOTERO ECHEVERRI los siguientes conceptos:

- Las sumas correspondientes a las prestaciones legales y extralegales que recibió un auxiliar administrativo grado 01 vinculado a la Entidad Territorial, dentro del lapso de tiempo comprendido entre el 2 de septiembre de 2017 y el 30 de marzo de 2019, descontando los días de interrupción de los contratos cuando dicha interrupción sea superior a 30 días hábiles y tomando como base de liquidación o salario el equivalente a los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios. Las sumas que resulten de la reliquidación, se reajustarán dando aplicación a la fórmula señalada en la parte motiva de esta decisión.



- Tomar el valor de los honorarios de la demandante, causados entre el 28 de junio de 2011 y el 30 de marzo de 2019 y de las prestaciones aquí reconocidas (si constituyen base para aportes al sistema) y efectuar los aportes patronales a pensión sobre dichas sumas de dinero. En caso de que en algún periodo causado entre dichas fechas la demandante hubiere omitido el pago de aportes a pensión, se autoriza descontar el pago correspondiente a la empleada exclusivamente para dicho periodo (mes).

En caso de que la entidad territorial omita dentro de los términos legales cumplir con el pago de los aportes ordenados, la AFP deberá empezar las acciones a su cargo encaminadas al cobro de los mismos frente a la Entidad Territorial.

**CUARTO:** DECLARAR probada la prescripción extintiva de los derechos laborales respecto de las prestaciones sociales causadas antes del 1 de septiembre de 2017.

**QUINTO:** NEGAR las demás pretensiones invocadas por la parte demandante.

**SEXTO:** Se dará cumplimiento a la sentencia dando aplicación a lo previsto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

**SÉPTIMO:** Sin condena en costas

**OCTAVO:** En firme esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**



**JUAN GUILLERMO CARDONA OSORIO  
JUEZ**

Firmado Por:  
Juan Guillermo Cardona Osorio  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo

**De 017 Función Mixta Sin Secciones**

**Medellin - Antioquia**

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: **962af91015b1724985195084054f60fa54dd80ba92014eb295d45bb625ca5a0a**

Documento generado en 30/03/2023 02:06:52 PM

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

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