

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 23 de septiembre de 2020

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Oredt Caballero Rueda**
Demandado : **Municipio de Sogamoso**
Expediente : **15759-33-33-002-2017-00096-02**

Tema: Revoca sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda – se declara la existencia de contrato realidad

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del 13 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA. La señora Oredt Caballero Rueda, mediante apoderado judicial instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la el municipio de Sogamoso, para que se acojan las siguientes pretensiones:

2. PRETENSIONES. Que se declare la nulidad del oficio No. 20161600263311 mayo de 2016 mediante el cual la entidad demandada negó la existencia de la relación contractual de trabajo con la demandante entre el 2 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

2

Que la actora gozó del estatus de funcionario público de hecho y que prestó sus servicios laborales de manera personal bajo la continua subordinación del municipio de Sogamoso.

Que se declare que la demandante estuvo vinculada a la administración como funcionaria pública, no como contratista, por lo que tiene derecho a todos los derechos salariales, prestaciones sociales, seguridad social, y demás emolumentos laborales.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se condene a la entidad demandada a pagar y liquidar todos los derechos salariales y demás emolumentos laborales por el periodo comprendido entre el 2 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015, así como lo que comprende el valor de las cesantías, interés de cesantías, vacaciones, prima de navidad, bonificación por recreación, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, subsidio familiar, indemnización por despido sin justa causa, el incremento salarial decretado anualmente, y el reintegro del 10% por concepto de lo descontado por retención en la fuente, pólizas de seguros de cumplimiento, aportes a la seguridad social, y la sanción moratoria por dichos conceptos.

Así mismo pide el pago de horas extras diurnas, dominicales y festivas, el interés moratorio, y los daños morales en el equivalente a 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes e indexación sobre las sumas pedidas.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que la señora Oredt Caballeo Rueda ingresó a laborar al servicio del municipio de Sogamoso el 2 de enero de 2012, acordando el pago de \$1.000.000 mensuales, incrementado año a año, y culminó con una

2

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

3

remuneración por el valor de \$1.550.000, y que la vinculación finalizó el 31 de diciembre de 2015 sin explicación alguna.

Dice que en desarrollo de la relación laboral se le exigió el cumplimiento de órdenes e instrucciones en cuanto al modo, tiempo, y cantidad de trabajo que debía desarrollar, lo cual comprendía la atención al cliente.

Refiere que en desarrollo de su función **recibió órdenes directas de sus superiores para llevar correspondencia a los diferentes colegios e instituciones y dependencias del municipio, a los juzgados y demás partes a las cuales se dirigían las comunicaciones dentro de la ciudad de Sogamoso**, siendo actividades continuas para la secretaría de educación y demás dependencias del ente territorial

Que fue llamada el 2 de febrero del 2012 a firmar contrato bajo la modalidad de prestación de servicios acordando un pago total al 13 de mayo 2012 por la suma de \$3.000.000, pero que para esa época preexistía el contrato de trabajo a término indefinido el cual nunca fue liquidado.

Que suscrito dicho contrato, la situación fue la misma en cuanto al horario de trabajo que era de 8:00 a.m. a 8:00 p.m., la subordinación y continua dependencia, así como la prestación personal del servicio, actividades ejercidas principalmente en la secretaría de educación, siendo el secretario de esta su superior jerárquico.

Que el vínculo laboral se prorrogó continuamente durante cuatro años, aproximadamente, y que durante el término en que se efectuaron los contratos no le fue pagado el salario a que tenía derecho, y relaciona cada uno de los contratos celebrados por la entidad para desarrollar las labores ya enunciadas.

Dice que prestó sus servicios de manera personal en el municipio de Sogamoso – Secretaría de Educación cumpliendo un horario continuo de 8:00 a.m. a 12.m

3

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

4

y de 2:00 p.m. a 8:00 pm., siendo su horario habitual durante tres años, once meses y 26 días.

Que, dadas las exigencias del cargo, las funciones desarrolladas se califican como eficientes, que, incluso debía cumplir horario los fines de semana en la jornada ordinaria, extralimitándose hasta las 8:00 p.m.

Que durante los días festivos trabajo haciendo las cuentas de todos y cada uno de los contratistas en servicio a favor de la secretaría de educación lo que correspondía a 58 señoras de aseo general y administrativos de los colegios, elaborar las cuentas de 40 contratistas profesionales y no profesionales de la dicha entidad, elaborar las cuentas de los miembros o maestros músicos de la banda de cultura, elaborar las cuentas para pago de convenios con universidades y demás contratos que durante el año generaba la alcaldía y la secretaría de educación, elaboración de los contratos de las fiestas julianas y decembrinas relacionadas con cultura, cunetas de cobro externas a la secretaría de educación, tales como infraestructura educativa, docencia, y la UNAD.

Que estos turnos y horarios los realizaba con sujeción a las órdenes de los jefes inmediatos de la secretaría de educación y de la alcaldía, y que escasamente le alcanzaba el tiempo para cumplir el objeto contractual.

Dice que debía devengar el salario habitual de un auxiliar administrativo de la planta de personal del municipio de Sogamoso y que la relación existente entre demandantes y demandada fue de carácter laboral, sin que haya recibido pago de prestaciones sociales, debiendo responder por el pago de la seguridad social sin el aporte patronal.

Refiere que presentó la reclamación administrativa el 12 de febrero de 2016 solicitando el reconocimiento de los haberes laborales y sociales, pero que la respuesta por parte de la entidad fue negativa.

4

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

5

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 15 de junio de 2017 ante los juzgados administrativos de Sogamoso correspondiendo por reparto al Juzgado Segundo de esa ciudad.

Mediante auto del 28 de agosto de 2017 fue admitida la demanda y en dicho proveído se ordenó notificar por estado electrónico al demandante de conformidad con los artículos 171 y 201 del CPACA, y de manera personal al municipio de Sogamoso conforme lo prevén los artículos 197 y 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del C.G.P. A la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público, según lo previsto en el artículo 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P. (fs. 85-86). Solicitó además a la parte demandada allegar el expediente administrativo contentivo de la actuación objeto del proceso, conforme al párrafo primero del artículo 175 del CPACA.

1. De la contestación de la demanda por parte del municipio de Sogamoso (fs. 94-108)

Se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que no hay lugar a la declaratoria de la relación laboral en la medida que el ente territorial se rige por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y el Decreto 1082 de 2015.

Sostiene que la vinculación de la demandante fue como contratista, que la terminación del contrato fue bilateral en cumplimiento del objeto contractual conforme las citadas leyes.

Que no existió vinculación laboral sin contrato, y que debe probarse la supuesta vinculación sin contrato.

5

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

6

Indicó que la vinculación fue mediante contratos de prestación de servicios y relaciona los contratos con número, fecha, duración, fecha de inicio y terminación, así como la fecha de liquidación de estos.

Adujo que lo que existió fue suscripción de obligaciones por parte del contratista, descritas en la etapa precontractual y contractual, mas no funciones encomendadas; que para la necesidad del municipio bajo la modalidad de contratación directa la entidad suscribió contratos de prestación de servicios cuyo objeto fue *“Prestar los servicios asistenciales y de apoyo a la gestión, en la oficina de atención al ciudadano de la Secretaría de educación y cultura, para administrar un sistema de información física y magnética que sirva de soporte documental, teniendo en cuenta las políticas de la entidad”*.

Dice que algunos hechos de la demanda son afirmaciones subjetivas del apoderado, por lo que deben probarse, y que los contratos enunciados por la parte actora no son por labores ejercidas sino por la prestación de servicios por contratación directa.

Refiere que todo contratista desde el momento de adquirir la obligación contractual conoce las reglas y procedimientos de la ejecución y que no puede pretender perpetuarse apoyado en dicha formalización estatal.

Propuso como excepciones la ausencia del derecho por restablecer e inexistencia de los derechos pretendidos.

2. Audiencia inicial

Mediante auto de 26 de febrero de 2018 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 180 del CPACA (f. 127).

6

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

7

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial, el a quo declaró de oficio probada la excepción de caducidad respecto de las pretensiones de reconocimiento y pago a cargo del ente demandado, y ordenó continuar el trámite de la demanda respecto al reconocimiento de la relación laboral y el pago de aportes al sistema de seguridad social.

Esta decisión fue objeto del recurso de apelación desatado mediante providencia del 26 de agosto de 2018 (el. 158-166), en la que se resolvió ordenar la continuación del curso del proceso.

Por auto del 12 de octubre de 2018 el a quo se estuvo a lo resuelto por esta corporación y fijó fecha para continuar la audiencia inicial, llegado el día evacuó las respectivas etapas y fijó fecha para la realización de la audiencia de pruebas (fs. 188-190), la cual se desarrolló el 19 de mayo de 2019 (f. 200-202).

Mediante escritos obrantes a folios 204 a 216 las partes presentaron los alegatos de conclusión.

IV. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sogamoso, puso término a la instancia mediante sentencia del 13 de septiembre de 2019, en la cual negó las pretensiones de la demanda (C. 2 fs. 217-227).

En principio establece que el problema jurídico se contrae a determinar si la reclamación judicial que pretende el reconocimiento y pago de prestaciones sociales salariales que no tienen el carácter de periódicas, se presentó dentro del término legal, que en caso negativo, debe establecerse si es procedente la declaratoria de caducidad sobre estas, y, también determinar si entre el demandante y el municipio de Sogamoso se configuró el vínculo laboral que desnaturalizó los contratos de prestación de servicios, y así establecer si hay

7

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

8

lugar al reconocimiento de los emolumentos reclamados por el tiempo en que prestó los servicios.

Indicó, que también debe determinar si la entidad demandada está obligada a realizar los aportes patronales en seguridad social en pensiones en favor de la demandante, dado el carácter de imprescriptibles.

Se refirió a la periodicidad de las prestaciones sociales y salariales y la aplicación del fenómeno de la caducidad frente a las mismas, para concluir que en aplicación del criterio fijado por el Consejo de Estado en el sentido que el carácter de periódica de una prestación dependerá de que la relación laboral de la cual se deriva, se encuentre vigente o no, dado que en aquellos eventos en que el vínculo del cual se deriva la prestación social o salarial reclamada haya finalizado, necesariamente debe establecerse si su reclamación judicial se efectúa en el término establecido en el CPACA.

Se pronunció respecto al principio de la primacía de la realidad sobre las formas y al contrato realidad, e indicó que para acreditar una relación laboral además de la exigencia legal la demandante debe 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.

Citó jurisprudencia del Consejo de Estado en la cual se dice que la circunstancia de trabajar para el Estado no confiere la condición de empleado público, así como sentencia de la Corte Constitucional en la que se refirió a la imposibilidad de equiparar el contrato realidad con una relación laboral legal y reglamentaria.

Luego se pronunció respecto a las formas de vinculación con el Estado, e indicó que el empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que toma posesión de este, que los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo son la existencia de este en la planta de personal de la entidad, la determinación de funciones propias del cargo y la

8

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

9

existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor.

Así mismo, señaló que la jurisprudencia contenciosa administrativa ha establecido que puede existir una relación laboral con el Estado de carácter excepcional y anormal denominada “funcionario de hecho”, que se define como una forma de vinculación a través de la cual una persona ocupa un cargo de la administración pública y cumple funciones propias del mismo pero su investidura es irregular.

Adujo que conforme a las pruebas documentales que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada con el municipio de Sogamoso durante el periodo comprendido entre los años 2012 a 2015 a través de ocho contratos de **prestación de servicios profesionales, cuyas actividades fueron desarrolladas en la oficina de atención al ciudadano de la secretaría de educación y cultura de Sogamoso.**

Resaltó que el servicio que prestó la contratista durante el periodo 2014 y 2016 fue ejecutado de forma discontinua, porque según los contratos suscritos, entre la finalización de algunos de estos y la suscripción del siguiente, transcurren más de 15 días hábiles, de ahí que se configura solución de continuidad conforme el Decreto 1045 de 1978 artículo 15.

Indicó que según el clausulado de los contratos la demandante desarrollo las actividades de recolección y entrega de correspondencia, distribución y entrega de las solicitudes de peticiones quejas y reclamos a las áreas de la SEC, recolección en las áreas de la SEC la respuesta a las solicitudes para ser enviadas, comunicadas o notificadas según el respectivo procedimiento, etc.

Sostuvo que obran las certificaciones suscritas por el secretario de educación del municipio de Sogamoso en calidad de supervisor del contrato, que dan cuenta del cumplimiento del contrato por la parte demandante, y que también

9

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

10

está documentada la contraprestación económica recibida por la actora por la labor personal ejecutada en virtud de los contratos.

Que la demandante elevó reclamación administrativa el **12 de febrero de 2016** para obtener el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, la cual fue decidida negativamente mediante oficio N° 201600263311 del 12 de abril de 2016 suscrito por el jefe de la oficina jurídica del municipio, señalando que la relación existente fue de carácter contractual y que no existió continuidad en la prestación del servicio.

Relacionó las pruebas testimoniales recibidas y descendió al caso concreto para indicar que con el acervo probatorio debe establecerse si se está frente a una relación laboral o ante una simple vinculación mediante contratos de prestación de servicios.

Señaló que frente al problema jurídico tendiente a establecer si las prestaciones salariales y sociales se encuentran caducas, se advierte que, a excepción de los aportes a la seguridad social, las prestaciones reclamadas no tienen el carácter de periódicas en la medida que el vínculo de la demandante finalizó el 27 de diciembre de 2017, es decir, que desde entonces no está vigente.

Que en el escrito de demanda se acumulan pretensiones, unas relacionadas con prestaciones de carácter periódico como la pensión, y otras que no gozan de esa naturaleza, caso en el cual estas se someten al término de los cuatro meses, y aquellas se pueden demandar en cualquier tiempo.

Que con los actos administrativos demandados no se acompaña la constancia del procedimiento realizado para la notificación personal por lo que se entienden notificados por conducta concluyente, esto es, cuando la demandante presentó la solicitud de conciliación el 14 de junio de 2016, que por ello, una vez se expidió la constancia de la conciliación el 8 de agosto de 2016, la

10

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

11

demandante contaba con 4 meses para ejercer el medio de control respecto del reconocimiento de las prestaciones que no son periódicas, es decir hasta el **9 de diciembre de 2016**, pero que la demanda la presentó el 15 de junio de 2017, es decir, fuera del término.

En tal sentido, señaló que, respecto a las pretensiones sociales o laborales relacionadas con cesantías, primas de servicios, navidad y vacaciones, bonificaciones, subsidios, sanción moratoria, indemnización por despido injusto, así como el reintegro por concepto de retención en la fuente y pólizas, no tienen el carácter de periódicas por lo que al contabilizar el término de los cuatro meses, sobre ellas opero la caducidad.

Por lo anterior, refiere que, si bien esta corporación se pronunció al resolver el recurso de alzada frente a la decisión tomada en audiencia inicial, cuando declaró de oficio la caducidad parcial de las pretensiones que no tienen el carácter de periódicas, en esta oportunidad se declaraba inhibido para pronunciarse de fondo en relación con las prestaciones sociales, laborales y económicas porque la demanda no se presentó en tiempo lo cual impide su reconocimiento.

Luego, al resolver el segundo problema jurídico relacionado con el reconocimiento y pago de aportes a seguridad social en pensión, indicó que debía establecer si existió una relación laboral entre la demandante y el municipio de Sogamoso, para lo cual deben acreditarse los tres elementos que le son propios como son, la prestación personal del servicio, la remuneración, y la subordinación o dependencia.

Respecto a la prestación personal del servicio señaló que de la prueba documental allegada por las partes como son los contratos de prestación de servicios, actas de inicio y liquidación de estos, se evidencia que la demandante prestó sus servicios de manera personal y directa en favor del municipio de Sogamoso – secretaría de educación, por lo que es evidente que los servicios

11

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

12

prestados iniciaron el 2 de enero de 2012 y se prolongaron de manera interrumpida hasta el 27 de diciembre de 2015, acreditándose así el primer requisito.

En relación con la exigencia de la remuneración, señaló que, si bien respecto a la modalidad de prestación de servicios se denomina honorarios, la actora percibió una contraprestación económica por la labor personal que realizó en favor del municipio de Sogamoso, remuneración que dependía de la apropiación y del registro presupuestal correspondiente.

Dice que en cada uno de los contratos se estipuló un valor total para el mismo, que, a su vez en la mayoría de estos, por acuerdo de voluntades se pactó que el contratante pagaría el valor total en mensualidades vencidas durante el plazo de ejecución, por lo que está demostrado que la labor ejecutada por la demandante contó con una remuneración, aspecto que estructura otro elemento para demostrar la existencia del contrato realidad.

Finalmente, frente a la subordinación indicó que es el aspecto de mayor relevancia en estos casos, donde se busca demostrar la sujeción del trabajador a órdenes, horarios, instrucciones, modo, tiempo o cantidad de trabajo, imposición de reglamentos y demás aspectos que limiten su autonomía e independencia.

Refirió que los contratos suscritos tuvieron como objeto prestar los servicios asistenciales en la oficina de atención al ciudadano para la recolección, admisión, curso y entrega de correspondencia y demás envíos postales que requiere la Secretaría de Educación y Cultura en la zona urbana del municipio de Sogamoso.

Que los testigos coincidieron en afirmar que además de las labores de correspondencia, la demandante manejó las cuentas de cobro de los contratistas vinculados con la secretaría de educación, empero no mencionan que se hubiera

12

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

13

otorgado facultades discrecionales o de manejo de la contratación propiamente dicha, sino que **su actuar se limitaba a la gestión documental relacionada con los procesos de contratación que adelanta la dependencia que la contrató**, circunstancia que fue reconocida por la misma demandante en el interrogatorio de parte, **lo que a criterio del a quo, corresponde al cumplimiento de las obligaciones y del objeto pactado en los contratos, lo cual justifica la necesidad para la cual fue contratada la demandante.**

Sostiene que los testigos Anderson Mesa Rodríguez y Nelson Fabián Tapias, manifestaron **que la demandante recibía órdenes del secretario de educación, sin embargo, no especifican que clase de órdenes, es decir, si se trataba de cuestiones subordinadas, o, por el contrario, se trató de una exigencia natural y ponderada para lograr el cumplimiento del objeto contractual.** Adicionalmente precisó que el primer testigo manifestó conocer a la actora desde el mes de marzo de 2014, y que se desempeñaba junto con el otro testigo como guardas de seguridad, sin embargo, no logra precisar cuáles eran las directrices del manejo administrativo de la entidad.

Sostiene que, si bien es cierto que la demandante aceptó recibir órdenes provenientes del Secretario de Educación, haciendo manifestaciones como “lleve inmediatamente esta tutela al juzgado que se nos vence hoy”, o “necesito este trabajo y quédese”, ello es insuficiente para determinar la existencia de subordinación, pues se trata de petitorios inherentes al objeto contractual.

De otra parte, indicó que si bien la testigo María Constanza Rojas señaló que la actora cumplía un horario, el mismo carece de credibilidad como quiera que la testigo manifestó conocer a la demandante porque tuvo un establecimiento de comercio en inmediaciones de la secretaría, de ahí que no es posible predicar que presenció de forma efectiva la ejecución de los contratos, porque le prestó servicio de cafetería en determinados momentos durante una jornada ordinaria, siendo enfática en señalar que su contacto con la demandante era esporádico durante el día, por lo que concluye que la testigo no presenció las actividades

13

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

14

desarrolladas por la contratista durante todo el día, de ahí que no puede corroborar la dependencia de la señora Oredt Caballero con la entidad demandada.

En los mismos términos, señala que, en la declaración de parte, la demandante manifestó que por orden del secretario cumplía horario desde las 6:00 a.m., mientras que el testigo Anderson Mesa afirmó que no cumplía horario normal porque ella laboraba hasta las 8:00 p.m. e incluso fines de semana.

Así, concluyó que las declaraciones relacionadas eran insuficientes para probar la existencia de subordinación encubierta en la relación contractual, toda vez que no se probó de forma fehaciente que la actora hubiese atendido público desde las 6:00 a.m., además con relación a lo aducido por el testigo, con base en el manejo autónomo del horario, colige que la misma actora estableció ese horario a fin de cumplir con las metas propuestas, esto para cumplir con el objeto del contrato.

Sostuvo que el horario laboral y de atención al público en las entidades públicas por regla general abarca los días y horas hábiles, y que, en relación con el trabajo sabatino alegado por la demandante y dicho por los testigos, no se allegó prueba que dicha jornada hubiere sido impuesta por la administración municipal demandada, sino que corresponde al libre manejo del tiempo de la misma demandante.

Que la demandante y el municipio de Sogamoso suscribieron contratos de prestación de servicios en los cuales, con base en la autonomía de la voluntad, las partes acordaron no constituir vínculo o relación laboral alguna entre el ente territorial y la contratista, rigiéndose para todos los efectos legales por la Ley 80 de 1993 y que con base al clausulado contractual, se dio por establecida la prestación del servicio personal y el pago de la remuneración, pero que a subordinación como elemento estructurador del contrato realidad no se acreditó con la prueba recaudada dentro del proceso.

14

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

15

Así mismo, que según la certificación del jefe de contratación del municipio de Sogamoso, se establece que dentro de la planta de personal para los años 2012 a 2015 no existía personal suficiente, por lo que al contratación era indispensable para suplir la necesidad, no como actividad misional, sino como de servicios asistenciales y de apoyo a la gestión, en tal orden, no existe violación de derecho de igualdad por suscribir contratos, dado que la situación del empleado público se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica, que es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios, sin que sea contrario a la ley el vínculo contractual que subyace en los contratos de servicios.

En tal sentido, negó las pretensiones de la demanda acogiendo la regla general sobre la carga de la prueba que señala que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante si este no logro en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda.

V. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación, con fundamento en lo siguiente:

Que conforme a la prueba ordenada por el juzgado consistente en la certificación de las funciones desarrolladas en el cargo denominado auxiliar administrativo código 407 grado 04, la señora Oredt Caballero como contratista, realizó las mismas funciones que desempeñaban los empleados que ocupaban dicho cargo.

Sostiene que el juez no realizó la valoración de las actividades desarrolladas por la demandante tales como atención al público, labores de oficina, elaboración y presentación de cuentas de los contratistas, temas relacionados con la

15

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

16

contratación, y algunas relacionadas con archivo, las cuales fueron probadas, así como diligencias externas como consecuencia de los asuntos de correspondencia y otras actividades no previstas en los contratos.

Que las funciones desarrolladas por la actora son equiparables a las funciones desempeñadas por una auxiliar administrativo código 407 grado 4, las cuales son inherentes al giro ordinario de la entidad, lo que implica una vinculación permanente y no transitoria como lo decidió el a quo.

Aduce que no se cotejó la prueba documental verificando las funciones establecidas en el manual de funciones del cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 03 con las plasmadas en los contratos de prestación de servicios, las que son coincidentes vistas desde un principio garantista y ponderado con el principio de la realidad sobre las formalidades legales, en apariencia, permanencia y dependencia de la entidad, con lo que puede concluirse que procede la declaratoria de servidor público de hecho en favor de la demandante.

Cita sentencia proferida por el Consejo de Estado del 27 de enero de 2016 en la que fijo la regla jurisprudencial respecto de la declaratoria de funcionario público de hecho.

Señala que al estudiar el material probatorio se puede determinar que la actora desempeñó actividades disimiles a las funciones establecidas para el cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 07, labores que fueron ejecutadas de forma irregular porque no fue vinculada al servicio público con el lleno de requisitos para que surja la vinculación legal, que las actividades las desempeñó en la misma forma a las ejercidas por las funcionarias publicas adscritas al cargo creado en la planta de personal, que cumplía horario definido y previsto por la secretaría de educación para el personal administrativo, adicional a las cargas laborales que le imponía el jefe directo secretario de educación, situación que supone la ampliación del horario para cumplir con sus labores.

16

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

17

Que de los testimonios practicados se prueba que la señora Oredt Caballero cumplía sus actividades sin sustraerse de las mismas y que no puede darse una interpretación desfavorable a lo pretendido por la demandante, esto según el declarante Anderson Yamid Mesa que indicó que no tenía un horario fijo porque en otros apartes de la declaración queda establecido que el horario era permanente e impuesto por la secretaría de educación, además que aclaró que el horario era extenso “esclavizaste”, todo esto con lo cual su criterio se da la certeza sobre la existencia de requisitos plasmados en la doctrina probable para declarar el status de empleada pública de hecho.

Que la demandante estuvo sometida a cumplir un horario superior al máximo legal establecido, incluso los fines de semana, esto según las declaraciones rendida por quienes se desempeñaron como guardas de seguridad y que presenciaron de forma directa la relación laboral existente, y que además declararon sobre la forma en que la actora desempeñaba las labores en jornada extra, en la que también participaba el secretario de educación de turno y quien autorizaba el ingreso de la demandante a las instalaciones de la secretaría en altas horas de la noche y consecutivamente los fines de semana.

Que la actora contaba con una oficina que le fue asignada por la secretaría de educación de Sogamoso, la cual contaba con elementos tales como escritorio, computador, impresora, sillas para atender al público, resmas de papel para imprimir, todos estos elementos asignados por la demandada y que fueron acreditados en las declaraciones de Anderson Yamid Mesa, Nelson Fabián Tapias, y María Resurrección Espitia.

Concluye que las labores desempeñadas por la actora no fueron actividades u obligaciones coordinadas e independientes sino que son labores subordinadas con plena dependencia del empleador, siguiendo las instrucciones y directrices impartidas por el secretario de educación y funcionario de esa entidad, incluso cumpliendo labores que no estaban previstas en el objeto contractual, pero que

17

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

18

debía cumplir sin sustraerse, sin gozar de autonomía e independencia, incluso los elementos de trabajo eran proporcionados por el municipio incluyendo la oficina.

Refiere sentencias del Consejo de Estado y sostiene que de las declaraciones rendidas se puede extractar que en realidad la demandante no gozó en ningún momento de independencia o autonomía respecto de la secretaría y que las labores desarrolladas eran permanentes, inherentes y consustanciales al giro ordinario de la entidad por lo que no puede hablarse de una función transitoria y si es concluyente que fueron subordinadas.

Describe los requisitos que establece la ley de contratación pública para la existencia del contrato estatal y aduce que el contrato de prestación de servicios con el que se vinculó a la actora no se realizó para celebrar actividades excepcionales, pues las actividades realizadas por la demandante se constituyen esenciales para el giro ordinario de la entidad, y que, según los declarantes y las pruebas documentales, corresponden a las del cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 03.

Que las actividades implican permanencia, pues a pesar de que los estudiantes salen a disfrutar vacaciones, la entidad está dispuesta brindar la información a los usuarios y funcionarios administrativos, llevar y recibir correspondencia, llevar el control, realizar las cuentas y alimentar datos en las respectivas bases, actividades realizadas en vigencia de los contratos y sin celebrar contratación alguna; dependencia porque al realizar la labor estuvo subordinada por los funcionarios adscritos a la secretaría cumpliendo el horario establecido por el municipio.

Arguye que esos aspectos constituyen una actividad misional de carácter permanente fuera de hacerse un uso indiscriminado de la celebración de contratos de prestación de servicios por parte de la entidad demandada, pues la actora celebró nueve contratos sin interrupción alguna, la relación no fue

18

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

19

interrumpida y desempeñó las mismas funciones así no existiera contrato escrito.

Respecto a la solución de continuidad que estableció el a quo en el sentido de que hubo intervalos entre la celebración de los contratos, sostuvo que es evidente que los intervalos no superaron los 12 días por lo que este aspecto debe ser valorado en la alzada.

Dice que los contratos se realizaron consecutivamente y que la actora era ajena a los efectos jurídicos de la suscripción de cada uno, que no le importó continuar realizando sus actividades con o sin contrato escrito, así como el municipio continuó impartiendo las ordenes sin la existencia del contrato, y que en el asunto se dio un uso indiscriminado del contrato de prestación de servicios lo cual no puede interpretarse como una relación laboral a través de estos contratos pues los elementos de la relación laboral están desdibujados.

Refiere que de las planillas adjuntas como prueba documental BACKUP, prueba que no fue valorada por el juzgador, se demuestra los minutos, segundos, y horas trabajadas por la actora, así como muestra la sujeción que tenía con el municipio, adicional a que fueron planillas elaboradas en los equipos de la entidad.

Insiste en que la demandante no fue autónoma e independiente en el desarrollo de sus actividades, que no contó con los medios propios para desempeñar sus actividades, es decir, que no llevaba sus equipos e implementos pues lo utilizados para desempeñar las funciones eran brindados por el municipio incluyendo el lugar de trabajo y el equipo de cómputo.

Finalmente, arguye que la señora Caballero Rueda estuvo sujeta a los horarios establecidos por la secretaría, específicamente el establecido para los funcionarios administrativos, y que la vigencia del contrato de prestación de

19

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

20

servicios sobrepaso el límite temporal, que es un elemento esencial de este tipo de contratos, confundiendo este con un contrato de trabajo.

Que el vínculo entre la demandante y la demandada perduró durante cuatro años, además considerando que este cargo pertenece a la planta de personal y necesita un funcionario de planta que labore permanentemente bajo la estricta subordinación acorde a las necesidades del mismo, sin que pueda gozar de autonomía e independencia, pues es incoherente que una auxiliar administrativa pueda desempeñar sus funciones independientemente, ya que por la naturaleza de la labor, debe desempeñar las labores en los horarios establecidos por la autoridad para tal efecto y bajo la estricta subordinación.

Por lo anterior, solicita se revoque la decisión y se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad, como funcionario público de facto, al concurrir los elementos del contrato de trabajo y se emitan las condenas correspondientes a título de restablecimiento del derecho con ocasión el vínculo laboral.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El a quo mediante auto de 16 de octubre de 2019, concedió para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 244).

Mediante providencia del 23 de enero de 2020 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fs. 253 vto.), y a través de auto del 13 de febrero siguiente se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4º del artículo 247 del CPACA (fs. 258).

20

1. Alegatos en segunda instancia

1.1 Parte demandada

Mediante escrito radicado el 24 de febrero de 2020 la apoderada de la entidad demandada presentó alegatos de conclusión argumentando lo siguiente:

Que la demandante fungía sus obligaciones contractuales bajo las reglas de las Leyes 80 de 1993, Ley 1562 de 2012 y Decreto 0723 de 2013, que su vinculación es de tipo contractual y que el pago se hace dependiendo el avance en la ejecución del objeto del contrato como contraprestación por el servicio.

Que los contratistas reciben honorarios los cuales no necesariamente coinciden con la escala salarial fijada mediante decreto para los servidores públicos, pues dichos honorarios se desprenden del acuerdo al que llegaron las partes y que se materializó con la firma del contrato del cual tenía pleno conocimiento la contratista.

Refiere que de material probatorio se evidencia que la demandante realizaba sus labores en cualquier horario lo cual es lógico por el tipo de contratación, que el horario o tiempo desempeñado no da argumentos para afirmar que se le imponía tal obligación, es decir, en este tipo de contratación no es una medición de tiempo es solo el cumplimiento de actividades establecidas previamente en un contrato de lo que la demandante tuvo conocimiento y acepto al firmar cada contrato.

Arguye que de las pruebas testimoniales se infiere que la demandante realizaba actividades como cualquier contratista, que no tenía horario, que el hecho de impartírsele una actividad no significa estar subordinado, que tenía pleno

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

22

conocimiento de que se trataba el contrato de prestación de servicios, y que el cumplimiento de las obligaciones del contrato las podía manejar de acuerdo con su tiempo.

Finalmente, sostiene que la demandante no logra probar la configuración del contrato realidad y que el acto administrativo demandado está amparado por presunción de legalidad, la cual no ha sido desvirtuada procesalmente, y pide confirmar la decisión del a quo.

1.2 Parte demandante

El apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión en el que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

1.3 Ministerio Público

Dentro de su oportunidad, el agente representante del ministerio remitió concepto en el cual expone lo siguiente:

Luego de referirse a la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado respecto del contrato de prestación de servicios, y de las modalidades de vinculación con entidades del Estado, señala que el ordenamiento jurídico ha previsto no solo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o reglamentos para el empleo público, sino también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

Seguidamente se refirió al principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, e indicó que, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma.

22

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

23

Indicó que, si bien existe potestad de la administración de contratar a través de órdenes de prestación de servicios a personal que dentro de la misma entidad no pueda desempeñar tales funciones, dicha disposición no puede desconocer las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales en relación con los límites de la contratación por la entidad estatal.

Señaló que en este caso no es aplicable el fenómeno de la caducidad sino el fenómeno prescriptivo, en la medida que no existe vínculo laboral sino contractual y por tanto no puede exigirse que la demanda se presente dentro de los cuatro meses siguientes.

Descendiendo al caso concreto, señaló que se encuentra acreditado que la prestación personal de servicio por parte de la accionante conforme la prueba documental, tales como copia de los contratos de prestación de servicios, actas de inicio y liquidación.

Que los servicios prestados iniciaron el 2 de enero de 2012 y se prolongaron hasta el 27 de diciembre de 2015, y que en cada contrato se estipuló un valor total del mismo, que, a su vez, se pactó pagar por mensualidades vencidas durante el plazo de ejecución.

Conceptúa que la demandante ejecutó labores cuya función principal era la de recoger de las diferentes áreas de la SEC respuestas a las solicitudes de correspondencia, peticiones, quejas y reclamos y otra correspondencia para su envío, comunicación o notificación de acuerdo con los procedimientos establecidos.

Dice que las entidades públicas no pueden suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter penamente en la entidad, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal.

23

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

24

Que la demandante cumplía un horario definido y previsto por la Secretaría de Educación para el personal administrativo, adicional a las cargas laborales que le imponía el jefe directo, situación que supone la ampliación del horario para cumplir con sus labores, que los elementos de trabajo eran de la entidad demandada en la medida que le asignó una oficina, la cual contaba con escritorio, computador, impresora, sillas para atender público y usuarios, y resmas de papel para imprimir.

Aduce que la labor ejecutada se seguía de conformidad a las instrucciones y directrices del secretario y funcionarios de la entidad, incluso cumpliendo labores que no se encontraban previstas en las obligaciones contractuales pero que debía cumplir sin sustraerse, y que las actividades desarrolladas por la actora son esenciales para el giro ordinario de la entidad, pues se cumple el criterio de permanencia en la medida que aun estando en vacaciones los estudiantes y el personal docente, debía brindar información a los demás usuarios y funcionarios administrativos, llevar y recibir correspondencia, llevar el control de la misma, realizar la cuentas y alimentar datos a las bases correspondientes.

En consecuencia, **solicita acceder parcialmente a las pretensiones y proceder a declarar la existencia de una relación laboral** al encontrarse acreditados los elementos que la integran en especial la continuada subordinación, el cumplimiento del horario, y la relación con el objeto misional de la secretaría de Educación.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

24

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

25

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

Debe determinar este Tribunal si le asiste razón al apelante al indicar que en el presente caso se configuró una relación laboral entre la señora Oredt Caballero Rueda y la entidad demandada, por lo cual tendría derecho la actora al reconocimiento de emolumentos laborales, o si, por el contrario, le asiste razón al juez de instancia al indicar que no se configuró dicha relación por cuanto no se acreditó el elemento de la subordinación.

Para resolver el problema jurídico planteado se hace necesario hacer mención a los siguientes tópicos: i) el contrato de prestación de servicios; ii) el contrato de prestación de servicios y la relación laboral; iii) de lo probado en el proceso y, iv) la solución del caso concreto.

3. Cuestión previa

En el presente caso la señora Oredt Caballero Rueda por intermedio de apoderado solicita la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio N° 201616000263311 del 12 de abril de 2016 mediante el cual el jefe de la oficina jurídica del municipio de Sogamoso negó el reconocimiento de la relación laboral desde el 2 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, y del oficio N° 20161600287121 del 26 de mayo de 2016 por el cual resuelve el recurso de apelación confirmando a negativa referida.

A título de restablecimiento del derecho pretende se ordene a la demandada cancelar los salarios y prestaciones sociales, seguridad social, primas legales y extralegales que considera tiene derecho, además, del reconocimiento de

25

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

26

condición como funcionaria pública de hecho. Igualmente solicita el pago de indemnización por no pago de prestaciones, sanción moratoria por el no pago de cesantías, indemnización por despido e intereses de mora y reintegro de los descontado por rete-fuente y de las sumas canceladas por concepto de pólizas de seguro cumplimiento de los contratos suscritos.

Así las cosas, lo que se pretende es la declaratoria de los actos que negaron la existencia de la relación laboral, lo cual se considera es la pretensión principal y como consecuencia de ello debe determinarse si se reconoce o no las prestaciones sociales.

En tal sentido, no es posible afirmar que debía presentar la demanda dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del vínculo laboral, pues lo que existió fue un vínculo contractual, de ahí que, en caso de determinar la Sala que efectivamente existió una relación laboral entre las partes, lo que debe analizarse es la configuración o no del fenómeno prescriptivo frente a los contratos de prestación de servicios, sin que se pueda hablar de caducidad como lo consideró equivocadamente el a quo, pues lo primero que debe determinarse es la configuración de la relación laboral, y ahí sí estudiar si los derechos laborales reclamados estaban prescritos o no.

En otras palabras, declarar la caducidad frente a unas pretensiones de restablecimiento resulta equivocado, pues lo que debe evaluarse es si sobre ellas operó la prescripción, por tanto, resulta procedente que la Sala entre a pronunciarse respecto del recurso de apelación formulado.

4. Del contrato de prestación de servicios

La Constitución Política de 1991, en el Capítulo II, relativo a la función pública, contempla que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que

26

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

27

estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (art. 122 CP.), y seguidamente señala que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)” (Art. 125 CP.); por consiguiente, de acuerdo con las citadas normas, la vinculación a la administración para el ejercicio de la función pública puede ser de diferentes clases de acuerdo al ordenamiento jurídico y según las especificidades propias de las circunstancias, las cuales desde el punto de vista ordinario son: legal y reglamentaría (empleado público) y laboral contractual (trabajador oficial). Sólo en casos excepcionales se vinculará a contratistas para la prestación de sus servicios (relación contractual estatal).

En ese orden, los dos primeros; es decir, el vínculo legal y reglamentario y laboral contractual, obedecen a una relación de índole laboral, por lo tanto, tienen elementos esenciales que los hacen diferentes al estatal de prestación de servicios, por cuanto en ellos se presenta (i) la subordinación al empleador, (ii) la prestación personal del servicio y (iii) el pago de una remuneración. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad es independiente, puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica, caracterizándose, porque carece del elemento de subordinación laboral o dependencia.

En las disposiciones del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se establece que el contrato de prestación de servicios es un acto jurídico que celebran las Entidades Estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad en los eventos en que no pueden realizarse con personal de planta o que requieran conocimientos especializados.¹

¹ **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: 3o. Contrato de prestación de servicios Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

27

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

28

Así mismo, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección A. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Radicación número: 68001-23-15-000-2000-03151-01(1043-08), en sentencia de 21 de octubre de 2011, indicó las características de este contrato así: “• El contrato versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores, debido a la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia. • El objeto contractual lo conforma la **realización temporal** de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad. • La **autonomía e independencia** del contratista desde el punto de vista técnico o científico, constituye el **elemento esencial del contrato**. • El contratista dispone de **amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual**, delimitada por el plazo y la realización de la labor. • **La vigencia del contrato es temporal**. Su duración debe ser delimitada por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual. • La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica.”

En efecto, una nota distintiva del contrato de prestación de servicios es que constituye un instrumento para atender funciones ocasionales que no forman parte de las labores asignadas a la entidad o que no puedan ser atendidas por los empleados de planta.

Es así como, el último inciso del artículo 2º del Decreto No. 2400 de 1968 “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”, prohíbe la celebración de esta clase de contratos para el desempeño de funciones permanentes y ordena la creación de cargos en esos eventos².

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

² Esta disposición fue declarada exequible por la sentencia C-614 de 2009, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

28

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

29

Para la Corte Constitucional³, esta restricción se adecua a los principios inspiradores de la Carta Política como medida de protección de la relación laboral y para evitar la desnaturalización de la contratación estatal, al preservar el empleo como la forma general y natural de ejercer funciones públicas.

5. Del contrato de prestación de servicios y la relación laboral

El principio de realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política⁴, opera en los eventos en los que la administración celebra un contrato de prestación de servicios para el ejercicio de funciones propias de un empleado público. En esta medida, no interesa el nombre que se le haya dado al vínculo, sino los hechos que determinan la realización de las actividades contratadas.

Recuérdese que el trabajo goza en todas sus formas de amplia protección en el Estado Social de Derecho, en su triple dimensión como valor, principio rector del ordenamiento jurídico, así como derecho y deber social; por ello, no obstante aparecer formalmente como un contrato estatal, se debe declarar la existencia de la relación laboral si en la ejecución contractual se configuran sus elementos esenciales, es decir, que la actividad se realizó de forma personal bajo el cumplimiento de órdenes en cualquier momento respecto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y como contraprestación, haya recibido una remuneración o pago.

³ *Ibíd*em

⁴ **Artículo 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

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

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

29

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

30

Sin embargo, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, por manera que el contrato de prestación de servicios, como lo ha sostenido la Corte Constitucional⁵ y el Consejo de Estado⁶, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales, conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, en aplicación del principio que contemplan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, conforme lo dispone el artículo 53 de la Constitución, y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas del mismo carácter, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

En efecto, el contrato de prestación de servicios se funda en el desarrollo de una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada; es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien suscribe un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. Por consiguiente, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre un particular y una entidad pública, y se acredita la existencia de los tres elementos propios de todo contrato de trabajo -subordinación, prestación personal del servicio y remuneración-, producto de esto surge el derecho a que sea reconocida una relación laboral que, en consecuencia, confiere al contratista las prerrogativas de orden prestacional, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

⁵ Sentencia C-154/1997, con ponencia del Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

⁶ Consejo de Estado, secc. 2ª, sub-secc. "B", sentencia del 25 de marzo de 2010. CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 1131-09

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

31

De igual manera se debe destacar que para el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica obtener la condición de empleado público, pues según lo ha señalado el Consejo de Estado en sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, esta calidad no se confiere por el hecho de trabajar para el Estado:

"Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. **La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.**" Resaltado fuera de texto

De la normatividad analizada, es claro que en este punto no interesa el nombre que se le haya dado al vínculo, sino los hechos que determinan la realización de las actividades contratadas, pues, con el principio de realidad sobre la forma establecida en las relaciones laborales previsto en el artículo 53 de la Constitución Política⁷, opera en los eventos en los que la administración celebra un contrato de prestación de servicios para el ejercicio de funciones propias de un empleado público.

Dentro del Estado Social de Derecho el trabajo goza de plena protección en su triple dimensión como valor, deber y derecho, por lo que se debe declarar la existencia de la relación laboral si durante la ejecución contractual se configuran sus elementos esenciales, es decir, prestación personal, remuneración y subordinación. Lo que significa que en el efecto de demostrarse alguno de los elementos del contrato de trabajo, surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista aplicando el principio de "primacía de la

⁷ Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos o convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

31

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

32

realidad sobre las formas" del artículo 53 constitucional. Pero no implica necesariamente que se den los supuestos para una relación legal y reglamentaria.

Para examinar este aspecto, atendiendo a la evolución jurisprudencial y estimarlo con precisión para el caso concreto, se acude a la sentencia proferida el 29 de enero de 2015, por el Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "B", con ponencia de la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso radicado bajo el número 25000-23-25-000-2008-00782-02(4149-13), promovido por Olga Liliana Gutiérrez Galvis contra la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación y otro, en la que se indicó:

"El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente.

Esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente No. 0245, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

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

32

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

33

La misma Subsección "A", con ponencia del consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso radicado bajo el número 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), promovido por Esteban Paternostro Andrade contra el SENA, en sentencia de 19 de enero de 2015, dijo:

Por su parte, esta Corporación en varias decisiones ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal posición se opone a la expuesta en anterior jurisprudencia de esta Sección, en la que se sostuvo, que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación.

En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

A contrario, 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; se 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, personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que

33

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

34

sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. Con lo que se superó esa prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia 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." (Resaltos de la Sala).

Una de las características de este vínculo laboral, es que el servicio contratado sea inherente a la entidad y de carácter permanente. Para establecer lo anterior, es posible acudir a los siguientes criterios establecidos por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub:

a. Criterio funcional: Hace referencia a que la función contratada está relacionada con las que se deben adelantar en la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución.

b. Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en la planta de personal de la entidad.

c. Criterio temporal: Está relacionado con que las funciones contratadas son cotidianas y conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, "(...) o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo

34

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

35

permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral”.

d. Criterio de excepcionalidad: Si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades transitorias, corresponde a un contrato de prestación de servicios.

e. Criterio de continuidad: Hace referencia a si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración.

Advertirá la Sala que los anteriores son parámetros que permiten determinar las características del vínculo, pueden presentarse uno o varios, pero no es necesaria la concurrencia de todos.

En sentencia proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez el 17 de noviembre de 2016, en el proceso radicado bajo el N° 68001233300020120039901(1333-2014) promovido por Juan Fernando Muñoz Pimiento contra el DAS, al analizar las pruebas en el caso en concreto, determinó el carácter permanente de la actividad, así:

"En el caso concreto, se desvirtuó el carácter temporal de la labor contratada al probarse 1) El criterio funcional, porque la función contratada -de escolta- está referida a las que debía adelantar la entidad pública como propia u ordinaria. 2) No hay temporalidad y excepcionalidad de la labor desarrollada por el actor, porque se trató de una vinculación que sin solución de continuidad se extendió por un poco más de 4 años con la misma persona y con el mismo objeto. 3) El criterio de la continuidad, porque la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, de carácter permanente."

35

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

36

Además de lo anterior, las decisiones del máximo órgano de cierre en materia Constitucional y de lo Contencioso Administrativo, han sido consistentes en destacar que la subordinación es uno de los elementos más importantes para desentrañar de un contrato estatal una relación de índole laboral, por cuanto precisamente es la subordinación la que se refleja en la potestad del empleador de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada, ejercer poderes disciplinarios o exigir la realización de ciertas actividades, más allá de la simple coordinación.

La coordinación de actividades requerida para desarrollar de forma adecuada el objeto del contrato de prestación de servicios, implica la sujeción del contratista a ciertas condiciones para su cumplimiento, pero no debe avanzar a una relación de poder y sujeción entre las partes, la cual está descartada en estos eventos.

Esta figura es consecuencia de la obligación de las entidades públicas de vigilar de forma permanente la correcta ejecución de los contratos estatales, en tanto están involucrados recursos públicos y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como la efectividad de los derechos e intereses de los administrados⁸. En este ámbito, el contratista, está facultado para supervisar, establecer parámetros, instrucciones o condiciones con el objeto de garantizar la adecuada prestación del servicio contratado.

De ahí que la Ley 80 de 1993 establezca como deberes de los contratistas la colaboración con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto del contrato se cumpla, así como el acatamiento de "(...) las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan (...)". Insistirá la Sala que si la entidad contratante excede estos límites de tal forma, que el contratista quede sujeto a su mando, se desnaturaliza la coordinación de actividades.

⁸ Artículo 3° de la Ley 80 de 1993

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

37

Por último, resulta relevante destacar que el reconocimiento de la relación laboral, no confiere a quien demanda la condición de empleado público, en tanto ello requiere el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas para el acceso a los cargos públicos.

Así las cosas, se concluye que para tener derecho al pago de acreencias laborales, el contratista debe demostrar la existencia de una relación de trabajo, y, sin duda que le incumbe a él acreditar la subordinación y dependencia, cuya importancia viene dada justamente en que se trata del componente que marca el umbral entre el contrato de prestación de servicios y el contrato realidad (relación laboral); adicionalmente debe acreditar el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño de labores en las mismas condiciones de cualquier otro servidor.

En conclusión, cuando se discute la existencia de una relación laboral en virtud de un contrato de prestación de servicios de carácter estatal, la ventaja probatoria que subyace a la presunción, la estableció el legislador a favor del contratante, y no como ocurre en el Código Sustantivo del Trabajo en el que quien presta un servicio personal no está obligado a probar que lo hizo bajo la continuada subordinación o dependencia.

Además de lo expuesto, el artículo 88 del CPACA también consagró la presunción de legalidad de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de la relación laboral, de manera que a quien demanda, le corresponde probar sus elementos.

No obstante, la apreciación que haga el juez de las pruebas tendientes a acreditar la relación de trabajo deberá realizarse con arreglo a la sana crítica (art. 176 del CGP), y teniendo como norte el **principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, que como lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia, opera plenamente en aquellos

37

eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral, de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

6. De los hechos probados

De las pruebas aportadas al proceso, la Sala logra establecer como probados los siguientes hechos:

1. **Reclamación administrativa del 15 de febrero de 2016** (C.1 f. 25-28)
2. Respuesta a la reclamación administrativa con radicado N° 201616000263311 del 12 de abril de 2016 (C.1 f. 31-35)
3. Recurso de apelación radicado el 5 de mayo de 2016 (C. 1 f. 36)
4. Respuesta al recurso de apelación mediante oficio N° 20161600287121 del 26 de mayo de 2016 (C. 1 fl. 37-38).
5. Certificación expedida por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica en la que consta los contratos suscritos por la demandante con el municipio de Sogamoso (C. 1 fl. 394-43).
6. Contrato N° 2012011 del 2 de febrero de 2012 (C.1 f. 44-46)
7. Contrato N° 2012305 del 14 de mayo de 2012 (C. 1 f. 47-49)
8. Contrato N° 2013034 del 1° de febrero de 2013 (C. 1 f. 50-52), prorrogado desde 1° de agosto de 2013 al 31 de octubre del mismo año.
9. Contrato N° 2013641 del 5 de noviembre de 2013 (C. 1 f. 53-55)
10. Contrato N° 2014027 del 5 de enero de 2014 (C. 1 f. 56-57)
11. Contrato N° 2014492 del 25 de julio de 2014 (C. 1 f. 58-59)
12. Contrato N° 2015075 del 20 de enero de 2015 (C. 1 f. 60-61)
13. Contrato N° 2015423 del 4 de junio de 2015 (C. 1 f. 62-63)
14. Contrato N° 2015869 del 1° de octubre de 2015 (C. 1 f. 64-65)

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

39

15. En el anexo uno del expediente obra copia de los contratos de prestación de servicios junto con actas de inicio referidas y las actas de liquidación y demás documentos que soportan la contratación.

7. Solución del caso concreto

En el sub exámine pretende el recurrente el reconocimiento de la relación laboral desde el 2 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015 entre la señora Oredt Caballero Rueda y el municipio de Sogamoso.

En sentencia de primera instancia se negaron las pretensiones de la demanda por cuanto el a quo encontró que, de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, solo se acreditaron dos como son la prestación personal y la remuneración, sin que exista prueba que determine la existencia de la subordinación como elemento fundamental para declarar dicha relación.

Así las cosas, la Sala abordará el recurso de apelación tendiente a la demostración de la subordinación o dependencia, en la medida que en lo referente a la prestación personal del servicio y al pago de un emolumento por dicha actividad, no ofrecen duda probatoria como quiera que fueron aceptados y probados en la providencia recurrida.

Tal como se ha señalado, el contrato de prestación de servicios se configura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista.

Estos contratos tienen como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad estatal, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de

39

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

40

estas, y como característica principal está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, pues este debe actuar autónoma e independientemente, conforme las cláusulas contractuales, lo que no impide el ejercicio de funciones permanentes.

Se ha de tener presente que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, en la medida que no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público, esto con el fin de evitar el abuso de dicha figura y como medida de protección de la relación laboral.

Ahora bien, frente a la subordinación o dependencia continuada se observa que el objeto contractual para el cual fue vinculada la demandante era el de *“prestar los servicios asistenciales y de apoyo a la gestión en la oficina de atención al ciudadano de la secretaría de educación y cultura, para administrar un sistema de información física y magnética que sirva de soporte documental, teniendo en cuenta las políticas de la entidad”*.

La subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del CST, se considera determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, y faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al tiempo, modo o cantidad de labores, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario, salvo los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana del trabajador y sus derechos mínimos.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

«Artículo 23. Elementos esenciales. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

40

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

41

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

[...]

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; [...]]» (Subraya la Sala).

La Corte Constitucional ha entendido que el concepto de la subordinación se refiere a *“una condición que permite a una persona una relación de dependencia con otra persona producto de situaciones derivadas de una relación jurídica cuya fuente es la ley, por ejemplo, en el caso de los padres con los hijos, o una relación contractual entre las partes, como el trabajador con sus empleados”*⁹.

Sobre el particular, en sentencia C-386 de 2000 indicó:

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

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. [...]]»¹⁰

⁹ Sentencia T-151/17 Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo

¹⁰ Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

42

De manera que, como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, respetando la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales.

En el caso concreto, se observa que en la audiencia de pruebas se practicó la prueba testimonial a los señores Anderson Mesa, Nelson Tapias, María Constanza Rojas, María Resurrección Espitia, quienes, en síntesis, señalaron en torno a la relación de trabajo de la demandante con el municipio lo siguiente:

- Al ser indagado por parte del juez, **el señor Anderson Mesa** quien se desempeñó como guarda de seguridad durante tres años en la secretaría de educación de Sogamoso, en resumen señaló que manejaba el control de ingreso y salida de personal sobre todo días no hábiles en los cuales existía la autorización especial para que la señora Oredt Caballero trabajara y que por eso le consta que laboraba con el municipio, que le consta por el tiempo que el laboro en la entidad el cual comprende el mes de marzo de 2014 a 2017.

Respecto a las actividades desarrolladas por la demandante **dijo que ella manejaba las cuentas del personal de servicios generales de los colegios, cuentas de personal contratista de la misma secretaría, labores de colabores de correspondencia y de atención al público, y que, aunque no era su función, reemplazaba a la persona que permanentemente tenía esa función.**

Frente a indicar si presencié que la actora recibiera órdenes del personal de la secretaría o de la alcaldía de Sogamoso dijo que como guarda de seguridad **se daba cuenta que recibía órdenes del personal de planta, del secretario de turno que era el que autorizaba verbalmente el ingreso, sobre todos los días festivos que no estaba permitido, que le consta que recibía órdenes verbales y que habían otras personas que la mandaban a ella a diferentes actividades, a llevar documentos y correspondencia.**

Al preguntarle sobre si sabía la diferencia entre coordinar actividades e impartir ordenes señaló que coordinar es relacionado con lo que

42

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

43

habitualmente hace e impartir ordenes es hacer lo que le dicen en el momento.

En lo relacionado **al cumplimiento del horario dijo que no era fijo porque era de las primeras personas que llegaba, que era un trabajo esclavizante para ella, que incluso los fines de semana debía laborar o a veces alguna cuenta o documento quedaba mal y la llamaban a ella tarde de la noche, llegaba alrededor de las siete de la mañana y los fines de semana también iba, a la hora del almuerzo a veces no salía porque almorzaba en la secretaría y salían a veces después de las siete de la noche.**

En relación con las actividades dijo que hacía mucho trabajo, y que no sabía que más procesos adelantaba fuera de los ya enunciados.

Frente a solicitud de permisos dijo que fue testigo que cuando salía era relacionado con el trabajo y que se conoció con la demandante en el mes de marzo de 2014 cuando empezó a laborar como gurda de seguridad.

Al ser interrogado por el apoderado de la demandante señaló que la señora Oredt **contaba con una oficina en el sótano que luego la reubicaron pero que siempre tuvo oficina, que a veces utilizaba un portátil, tenía impresora, escritorio, silla y papelería, lo propio de una oficina. Dice que esos elementos hacían parte del inventario de la secretaría del municipio.**

Respecto a firmar planillas de ingreso por parte de la demandante dice que no le consta, que sí había registro para fines de semana el cual quedaba en la minuta de los guardas pero que no le consta si había planillas donde ella se registrara.

Frente a constarle que actividades desarrollaba los fines de semana indicó que hacia las mismas que desarrollaba entre semana, sobre todo las cuentas de los servicios generales, y esa orden y autorización para ingresar la dejaba el secretario de turno.

Al indagar si le consta que la actora trabajo continuamente durante el periodo en el que laboro en la entidad dijo que desde el mes de marzo de 2014 fue constante, que no lo interrumpió en ningún momento. **Que todos los fines de semana había novedades y por eso la señora Oredt permanecía el fin de semana en la entidad.** Que la autorización para trabajar hasta tarde de la noche era del secretario de turno de la entidad y que no tiene conocimiento porque terminó el vínculo con la entidad.

Por parte de la apoderada de la demandada no se le hicieron preguntas.

43

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

44

- En segundo lugar, al ser indagado por parte del juez el señor **Nelson Fabián Tapias Ortiz** quien se desempeña como guarda de seguridad, en resumen señaló que fue compañero de trabajo con la señora Oredt Caballero desde enero del 2012, **ella ingresó a trabajar en la secretaría de educación en recepción, después la dirigieron a la parte de correspondencia y contratación de personal de servicios generales y administrativo para realizar las cuentas de trabajo de los mismos, que en ese tiempo ella tenía ingreso constante y contaba con su oficina, y cuando tenía trabajo le pedía permiso al secretario de turno para ingresar los días no hábiles.**

Dice que conoce de esa actividad porque él trabaja en la secretaría de educación como guarda de seguridad, **refiere que ella siempre llegaba cumplía su horario y les decía que estaba autorizada e ingresaba y trabajaba, que citaba al personal de contratistas para realizar las labores de cuentas de trabajo de lunes a viernes, y cuando era bastante el trabajo lo hacia los fines de semana días festivos, y que a veces se demoraba en salir de las instalaciones.**

Respecto a las razones de permanecer en la entidad en los horarios indicados dijo que era autorizada por el secretario de turno, que le decía la señora Oredt caballero se queda a trabajar, que tenía bastante trabajo, como son las cuentas de cobro y de algunos contratistas.

Respecto a si recibía órdenes de alguna autoridad de la entidad o de personal de planta o del secretario, **indicó que si le constaba que las recibía del secretario porque salía y le comentaba que el secretario la mandaba a adelantar cuentas de cobro porque había muchas de contratistas, le tocaba quedarse a adelantar trabajo de los de servicios generales incluso cuando citaba contratistas le decía que le pasara uno a uno y no tocaba sentarlos en recepción y pasa de a uno.**

Al ser interrogado por el apoderado de la demandante respecto de constarle si contaba con una oficina **señaló que sí, que contaba con escritorio sillas para atender público, computador de mesa e impresora, accesorios de oficina, estos proporcionados por la entidad.**

Respecto a firmar planillas de ingreso manifestó que los días no hábiles se hacían anotación en la minuta, y que la orden de asistir los días no hábiles la daba el secretario de turno.

Dijo que durante el tiempo que estuvo de turno la vio constantemente en la oficina, **siempre madrugaba y nunca tuvo descanso, que llegaba tipo 7:00 a.m., a veces no salía a almorzar, mandaba llevar el almuerzo,** y que desconoce los motivos por los cuales termino la vinculación.

44

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

45

Por parte de la apoderada de la demandada se le indago si le constaba que de viva voz el secretario de turno le ordenara a la demandante quedarse luego del horario establecido o en días no hábiles, **a lo que respondió si constarle porque verbalmente le decían tales funcionarios vienen el fin de semana.**

Respecto al trámite de ingreso de los funcionarios o contratistas a la entidad luego del horario establecido respondió que en ese tiempo era verbalmente nunca hubo oficios o escritos solo verbal, si no hay autorización no se le da ingreso, siempre se llama al secretario de turno para autorizar el ingreso.

- En tercer lugar, se indaga a la señora **María Constanza Rojas** por parte del juez quien manifiesta no tener empleo, y sin parentesco con las partes. Respecto a los hechos del proceso manifestó conocer a Oredt porque trabajaba en la administración de Enrique Camargo y luego en la administración de Miguel Ángel García, **que siempre estaba en el cubículo de entrada, en el de información, atendía público, “yo tenía mi negocio y cuando ella necesitaba tinto o refrigerio se lo acercábamos allá, tenía un horario quizá muy extenso, había veces que llegaba a las seis de la mañana y cuando tenía carga extensa se iba nueve o diez de la noche. Ella pedía a los celadores que permitiera entrar refrigerio y estaba en su escritorio siempre, incluso sábados y fines de semana, festivos iba a desayunar al negocio o se lo llevaba a la oficina porque tenía mucha carga laboral, además los de prestación de servicios llegaban y ella les colaboraba, a veces le compraban cosas para llevarle a ella porque no la veía descansar. En fiestas julianas ella salía a recibir las delegaciones que venían de otros municipios, las empleadas le llevaban los refrigerios para delegaciones, recibirlos atenderlos y era una actividad de arto trabajo. Era una funcionaria muy eficiente y cualquiera puede decir que se veía que trabajaba excesivamente, un lunes festivo a las dos de la tarde ella hasta esa hora salía y siempre estaba a órdenes del secretario de educación, no creo que hiciera esas funciones sin orden del jefe, era muy entregada, en las novenas de diciembre organizaba esos eventos y yo le colaboraba con los refrigerios para la celebración de la novena. Muchas veces yo me iba tarde y veía que a veces ella se quedaba laborando, me llamaba y me decía envíeme un café y una empanada para cenar porque no sé a qué hora me pueda ir.**

Mi negocio era la casa de la leche pura, pero me toco entregarlo y la vi trabajar hasta el 31 de diciembre. Respecto a la distancia de ubicación del establecimiento respondió que es solo pasar la calle”.

Respecto al tiempo de permanecer la testigo en el edificio manifestó que solía ir en la mañana, en la tarde, al medio día, dependiendo a lo que pedía, le llevaba el periquito, cafecito y me iba, en enero por ejemplo

45

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

46

llegaba mucha gente y ella estaba recibiendo esa cantidad de gente, además cumplía con funciones de correspondencia, nunca la vi en tacones sino con carpeta para arriba y para abajo.

Frente a recibir órdenes de personal manifestó no constarle porque no mantenía permanentemente ahí sino iba a entregar onces o refrigerios.

Al ser interrogada por el apoderado de la demandante respecto de constarle si la señora Oredt Caballero contaba con una oficina **señaló que cuando estaba en recepción, estaba ahí, luego la pasaron para talento humano en el sótano y tenía oficina, computador, impresora, equipo de trabajo, sillas para atender público.**

Respecto a constarle si cumplía horario dijo que sí que lo hacía de ocho a doce y de dos a seis, pero cuando tenía carga laboral grande llegaba más temprano, se dé la hora porque siempre me golpeaba en la mesa y me decía hola.

Dijo que ella trabajó el cuatrienio de Miguel Ángel, y que en ese tiempo estuvo continuo y me consta porque hicieron salidas pedagógicas, pero Oredt se quedaba, los de planta iban a eso, pero ella no.

La apoderada de la entidad demandada no hizo preguntas.

En cuarto lugar, se indaga a la señora **María Resurrección Espitia Bohórquez** por parte del juez quien manifiesta no tener parentescos con la demandante ni las demás partes.

Respecto a constarle los hechos del proceso señaló que conoció a Oredt Caballero en enero del 2012 en la Secretaría de Educación porque trabajaba en recepción, que la conoció porque tuvo también un contrato con el municipio de Sogamoso y **ahí la conoció porque ella hacia la contratación, que luego al mandaron al sótano y ella estuvo laborando lo mismo porque ella recibía la contratación de colegio y administrativos, de ahí la mandaron a una oficina que le adecuaron para atender a todos los de contratación de colegios.**

Manifiesta la testigo que tuvo un contrato con la Secretaría, en partes laborando en el colegio Gustavo Jiménez y ICEANDES durante tres años del periodo de Enrique Camargo y cuatro años de Miguel Ángel García, y que su actividad la desarrollo en servicio generales, que las llamaban a inicios de enero les daban contratos a inicios de febrero y luego en junio, les daban un receso, pero tenían que seguir trabajando sin contrato en ese tiempo. **Que tenían que ir donde Oredt Caballero porque ella hacia todo lo de contratación, cuentas de cobro, documentos que quedaran mal y parte de eso ella cumplía otras funciones en la secretaría.**

46

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

47

Se le indagó sobre la distancia aproximada entre el lugar donde laboraba ella y la secretaría de educación a lo que manifestó que es lejos porque el colegio es a las afueras de Sogamoso.

Respecto a la asistencia de la testigo a la secretaría manifestó que al iba al iniciar el contrato y luego al mes cuando pasaban las cuentas de cobro, que de lunes a viernes no les daban permiso y por eso iban los sábados, fines de semana o festivos para ir a desarrollar esas cuentas y que la señora Oredt las atendía. Que en el colegio les decían que las que tuvieran que adelantar cosas en la secretaría fueran los fines de semana para que las atendieran, y para ingresar a la secretaría ya se hacía con el permiso de la señora Oredt quien las hacía ingresar porque a ella ya le daban el permiso.

Al ser interrogada por el apoderado de la demandante respecto de los trámites que debía realizar en la secretaría, manifestó que ella tenía que ir porque allá era la oficina de Oredt Caballero y por eso tenían que ir allá pero que no le consta porque era los fines de semana. **Que le consta que tenía su oficina, escritorio, computador, impresora, archivero y sillas para recibir las personas que llegábamos.**

Respecto a la proporción de los elementos dijo que no sabía pero que se imaginaba que el municipio o la secretaría. Dijo que ella atendía todo el día y teníamos que pasar durante el día respecto a nuestras cuentas de cobro, que iba cada mes y siempre era sábado en la tarde o domingo, los contratos eran e diferentes fechas y prácticamente ella trabajaba todos los fines de semana porque éramos hartas de servicios generales. Que cuando iniciaban contrato iba entre semana, pero después **si ya era los fines de semana que era cuando los mandaba el rector o coordinadora, y era cuando podían ir a arreglar esas cuentas de cobro.**

Respecto a constarle **si recibía ordenes manifestó que sí porque en las pocas veces que iban entre semana veía que llegaban otros funcionarios y le decían Oredt deje ahí a un lado lo de las señoras y baje a la alcaldía, o Oredt vaya y traiga a la alcaldía, le tocaba dejar lo de nosotros e ir a llevar o traer de la alcaldía.**

Frente a ser atendida por funcionarios de la secretaría manifestó que siempre la atendió la señora Oredt, **que era ella quien, hacia esas actividades, que en ningún momento descanso que siempre cumplió funciones ahí del administrativo que le tocaba llevara y traer correspondencia aparte de la carga que tenía con ellas.**

Respecto al traite de suscribir contratos indicó que a ellas les pedían papelería y Oredt era la encargada de que cada carpeta estuviera con lo que exigía el municipio y luego para que les firmaran y que desconoce porque finalizo el vínculo.

47

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

48

La apoderada de la entidad demandada no hizo preguntas.

De los testimonios rendidos por los declarantes se puede establecer las características de la labor desempeñada por la demandante, ya que son coincidentes en afirmar que **(i)** la actora adelantaba labores de correspondencia y contratación, **(ii)** que cumplía horario, **(iii)** que tenía una oficina, escritorio, computador, impresora, elementos de oficina, y sillas para recibir las personas, estos todos suministrados por la entidad, **(iv)** que recibía órdenes del secretario de turno que era el que autorizaba verbalmente el ingreso de personal los fines de semana, **(v)** que realizaba lo de contratación y cuentas de cobro.

En interrogatorio de parte la demandante al ser preguntada por la apoderada de la parte demandada manifestó en resumen lo siguiente:

-Entró a laborar el 2 de enero de 2012 como recepcionista y fue verbalmente, realizaba actividades de correspondencia, contratación, **le asignaron una oficina y hacía las labores ordenadas por el secretario de turno, hojas de vida del personal de los colegios, hacia cuentas de los profesionales de la secretaría, llevaba los decretos y todo lo que era de docentes, la carga laboral era tenaz, todo lo que realizaba era permanente.**

-Al momento de ser contratada le dijeron que era desde las seis de la mañana para atender público, sobre todo a los docentes y se los pasaba al secretario, así dure como un mes atendiendo en la recepción, hasta que el secretario saliera porque él era el que atendía la gente. Dijo que la modalidad de contratos de servicio es como a ella le toco que era de lado a lado y permanentemente, que le tocaba la correspondencia y vaya y haga todo, citar a docentes para notificarlo, vaya a la casa a buscarlo para notificarlo y así.

-El horario era de **8:00 a 12:30 y de 2:00 a 6:30 pero a veces le tocaba hasta las 9:00 o 10:00 de la noche, dice que a veces pasaba sin almorzar,** y lo que hacía era llamar donde don Pedro o a las señoras de la leche para que le llevaran algo. La razón para quedarse hasta altas horas era porque tenía mucho trabajo, **debía realizar informes, lo relacionado con la contrataciones, asignar todo lo de cuentas de las señoras del aseso, de las administrativas, los profesionales de la secretaría, buscar resoluciones, decretos, que todo era “que mande a**

48

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

49

Oredt allá, que lleve lo de nómina”, llevar embargos de los docentes, que bajaba el secretario y le decía para mañana necesito esto urgente quédese, y que tenía que responderle.

-Que le acumulaban actividades porque aparte de adelantar lo de correspondencia, tenía que hacer hojas de vida y cuentas de las señoras del aseo, realizar liquidaciones de los músicos, liquidar contratos de danzas de los de fuera de la secretaría, en las fiestas julianas le tocaba organizar fiestas, y terminaba agotada, pero tenía que responder y que por eso le tocaba ir los fines de semana y festivos porque no le alcanzaba el tiempo. Manifestó que ella pensó seguir pero que no le dijeron vuelva pero que cree que fue por el cambio de administración.

Al responder las preguntas realizadas por el juez señaló en resumen lo siguiente:

-Recibía órdenes directamente del secretario cuando bajaba de la oficina y le decía **“vaya lleve esta tutela al juzgado porque se nos vence hoy, necesito este trabajo y quédese, vaya al concejo porque no puedo ir mañana”,** aparte de eso recibía órdenes de la señora Doris de talento humano para recoger las resoluciones de las docentes relacionadas con prestaciones. Adicionalmente dice que le tocaba pagar los aportes de pensión, salud, ARL, ARP, que el costo fue de su bolsillo, y toda la vida ha aportado al sistema de pensiones, ha trabajado en acerías paz de río y en la alcaldía y que ya está pensionada. Agregó que el trabajo era mucho pero que respondió y por eso cree justo lo que está pidiendo.

En lo concerniente a la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por la actora en la secretaría y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no la permanencia.

No desconoce la Sala que la parte interesada en que se declare la existencia de una relación laboral, legal y reglamentaria, debe revestir el proceso de pruebas documentales y testimoniales que permitan llegar a la convicción de que realmente no ejecutaba un contrato de prestación de servicios, como en efecto sucede en el caso bajo análisis.

49

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

50

Así, las pruebas que reposan en el proceso son suficientes para deducir el elemento de subordinación, en la medida en que de las funciones correspondientes al empleo desempeñado por la demandante se deduce fácilmente su falta de libertad y autonomía para llevar a cabo las funciones de auxiliar, pues es evidente que esa clase de actividades, por su propia naturaleza, no implican el ejercicio de labores que deban ser desarrolladas con autonomía e independencia, resultando en este caso inmanente la prestación personal y subordinada del servicio dentro de los horarios regulares de la entidad.

En efecto, el **objeto contractual** de las órdenes de servicio con las que se vinculó a la demandante fue el de prestar los **servicios asistenciales y de apoyo a la gestión** en la oficina de atención al ciudadano para la recolección, admisión, curso y entrega de correspondencia y demás envíos postales que requiere la secretaría de educación y cultura en la zona urbana del municipio de Sogamoso, y como **obligaciones contractuales** se estipularon:

- “1. Recolectar y entregar en las direcciones respectivas toda clase de correspondencia como cartas, paquetes etc.
2. Distribuir y entregar (de acuerdo con los procedimientos establecidos) las solicitudes de correspondencia, peticiones, quejas y reclamos a las áreas de la SEC para que inicien el respectivo trámite para su atención.
3. Recoger en las diferentes áreas de la SEC las respuestas a las solicitudes correspondencia, peticiones, quejas y reclamos y otra correspondencia para su respectivo envío o notificación de acuerdo con los procedimientos establecidos.
4. Repartir y/o recoger correspondencia externa en los casos que así lo ameriten de acuerdo con las políticas y procedimientos establecidos.
5. Entregar la correspondencia diariamente y los recibos de estos al día siguiente a las personas que proyectan los oficios.
6. El contratista debe contar con un medio de transporte para desempeñar el objeto del contrato.
7. El contratista debe llevar ordenadamente las planillas de radicación aprobadas por la secretaría de educación y cultura.
8. Realizar la medición de los indicadores de proceso, según lo establecido en la ficha técnica de cada indicador y establecer o proponer las acciones respectivas para lograr mayor eficiencia y efectividad en el proceso”.

50

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

51

Al revisar el oficio suscrito por el jefe de la oficina de contratación en el cual se certifican las funciones del cargo de **auxiliar administrativo con código 407 grado 04** de la entidad demandada, -que según la demandante es el equivalente al desempeño de sus funciones mediante órdenes de prestación de servicio-, se encuentran las siguientes:

- “1. Clasificar los documentos, datos, elementos y correspondencia relacionados con asuntos de competencia de la dependencia, de acuerdo con las normas y procedimientos respectivos.
2. Cumplir con la actualización y manejo del archivo asignado conforme a instrucciones recibidas.
3. Colaborar con la solicitud de los pedidos de elementos de consumo que requiera la dependencia.
4. Realizar el seguimiento a las devoluciones de la correspondencia propia de la dependencia.
5. Organizar, clasificar y almacenar los documentos de archivo aplicando la tabla de retención documental al archivo de gestión de la dependencia.
6. Atender oportunamente al público y a los funcionarios, personal y telefónicamente.
7. Efectuar diligencias externas cuando las necesidades del servicio las requieran.
8. Desempeñar funciones de oficina y de asistencia administrativa relacionadas con la organización del archivo de gestión del área de desempeño.
9. Recibir y efectuar llamadas telefónicas para verificar el avance de los diferentes procesos de dependencia, de manera oportuna y de acuerdo con las orientaciones del jefe inmediato.
10. Apoyar las reuniones, consejos, juntas comités y demás eventos de la dependencia asignada, en los aspectos logísticos”.

En efecto, se verifica que son coincidentes algunas de las obligaciones contractuales suscritas por la demandante con las funciones establecidas para el cargo, tales como las relacionadas con la correspondencia y seguimiento a esta, y la medición de indicadores.

También, se puede extraer según lo relatado por los declarantes y el interrogatorio de parte, que estas funciones guardan relación con algunas de las desempeñadas por la demandante, tales como clasificación de correspondencia, atención al público y funcionarios, personal y telefónicamente, seguimiento a

51

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

52

la correspondencia, efectuar diligencias externas, apoyar los eventos y la logística.

Así, encuentra la Sala que efectivamente las labores que desempeñaba la actora se asemejan a las que de manera subordinada ejerce un auxiliar administrativo de planta del ente territorial, de modo que no se puede aceptar que del “lleve inmediatamente esta tutela al juzgado que se nos vence hoy”, o “necesito este trabajo y quédese” se deduzca el ejercicio de una labor autónoma e independiente en su trabajo, y menos como lo concluyó el a quo, que ello corresponde a petitorios inherentes al objeto contractual, pues se a todas luces esas actividades no son propias de un vínculo contractual.

Estima además la Sala, **con base en los testimonios rendidos** por los guardas de seguridad de la época, que las actividades cumplidas por la demandante correspondían a las de un auxiliar administrativo, por lo que requerían de su presencia en las instalaciones donde funcionaban las oficinas de la secretaría de educación, concretamente la del Secretario de Educación quien fungía como superior jerárquico de esa dependencia, y a la sazón le impartía órdenes a la demandante.

En lo concerniente a la **prestación personal del servicio**, destaca la Sala que también los testigos coinciden en que la labor ejercida por la actora se realizaba con los elementos que la entidad demandada le proveía, además de la oficina asignada y el equipo de cómputo, por lo tanto, para la ejecución de sus funciones estaba supeditada a contar con los elementos necesarios que eran suministrados por su empleador.

Por lo tanto, valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que durante la prestación de los servicios de la accionante esta recibió órdenes de su superior, no delegó el ejercicio de sus actividades en terceras personas, se le asignaron y desarrolló funciones y labores similares a los empleados de planta y en sus mismas condiciones, pues no existía diferenciación alguna, y ejerció sus labores

52

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

53

en las instalaciones y con los instrumentos, materiales, insumos y equipos de la entidad, todo lo cual conduce a concluir que no se trató de una relación de coordinación contractual, sino de una en la que imperó la subordinación.

Además, se advierte que las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de un **empleo de carácter permanente**, pues **se desempeñó en ese oficio por cerca de cuatro (4) años como auxiliar en la secretaría de educación y cultura del municipio de Sogamoso y cumplió labores primordiales para el funcionamiento de la entidad**, que, según se estableció, correspondían a labores subordinadas o dependientes respecto del empleador.

Ciertamente, evidencia la Sala que la vinculación de la demandante se extendió desde el del 2 de febrero de 2012 (fecha firma primer contrato), al 27 de diciembre de 2015 (fecha terminación último contrato), lo cual desnaturaliza el carácter temporal del contrato de prestación de servicios, y hace palmario el criterio de continuidad, pues ello demuestra el ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de la misma persona, sin que pueda afirmarse que se trataba de un vínculo esporádico, luego el criterio temporal al que se refirió la Corte Constitucional se encuentra presente en este caso.

A lo anterior debe agregarse que del texto de los contratos de prestación de servicios no se desprende que la profesión u oficio del demandante fuese de aquellas con especialidad diferente o conocimientos específicos que requirieran acudir a su contratación por no contar con personal para tal efecto, y evidencia que la entidad no realizó lo necesario para ampliar su planta. Por ello, cuando la entidad olvida el criterio de temporalidad de esta figura y torna el contrato con visos de normalidad y permanencia, es clara la vulneración de los derechos laborales del trabajador.

53

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

54

De otra parte, **es incuestionable que en el presente caso no puede hablarse de coordinación**, en la medida en que el desempeño de las funciones por parte de la señora Oredt Caballero Rueda estaba sujeto al cumplimiento de órdenes de índole secretarial y auxiliar de la administración, de ahí que no podía ser desarrolladas en forma independiente sin atender las instrucciones del personal de mayor jerarquía de la entidad.

Según se precisó, el principio de coordinación que conlleva los contratos de prestación de servicios consiste en una concertación contractual entre las partes en la que el contratista cumple su contrato con independencia pero en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, lo cual difiere de la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador, y en tal sentido, este cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del trabajo de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle.

En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos para que el trabajador desarrolle sus labores sin que a este le asista ningún tipo de independencia, y en el caso, los elementos e instrumentos, así como el lugar en el que se desempeñaban las labores la accionante correspondían a la demandada.

Por tanto, si bien el ordenamiento jurídico permite, excepcionalmente, celebrar contratos de prestación de servicios cuando las actividades no puedan realizarse con el personal de planta de la entidad o se requieran de conocimientos especializados, resultó probado que las actividades desarrolladas por la aquí demandante son de aquellas intrínsecas a la función del servicio de la entidad y en tal caso esa situación implica la existencia de una relación laboral, y si bien, la subordinación o dependencia, entre otros elementos, se da con el cumplimiento de horario, debe tener en cuenta esta Sala que en casos como el presente **la realidad es que una auxiliar administrativa está subordinada a un jefe y personal de mayor jerarquía de la entidad.**

54

Resalta esta Sala que **los contratos de prestación de servicios se extendieron por más de cuatro años**, lo cual desvirtúa la existencia del contrato mismo, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral (art. 53 CP), es necesaria la protección especial del trabajo y del trabajador que garantiza el artículo 25 de la Carta Política.

Entonces, se concluye que **en el caso bajo estudio se encuentran presentes los tres elementos para declarar la existencia de la relación laboral**, cuales son, la prestación personal del servicio y la remuneración, elementos que fueron probados en primera instancia y sin discusión alguna en esta instancia, y la subordinación que se deriva entre otras cosas, de la continuidad en la prestación del servicio, en la suscripción de contratos de prestación de servicios de manera sucesiva y por largo periodo de tiempo, que denota el ánimo de la administración de contar con los servicios de la accionante como auxiliar dentro de sus actividades, y la prestación del servicio con implementos suministrados por la secretaría.

Por otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

Cabe anotar, sin embargo, que pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no se dan los componentes para declarar la existencia de una relación de carácter legal y reglamentaria, como

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

56

lo exige el artículo 122 superior¹¹.

8. Del restablecimiento del derecho

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al municipio de Sogamoso:

(i) Pagar a la accionante las correspondientes prestaciones sociales devengadas en igualdad de condiciones que las establecidas para los empleados públicos del orden territorial del nivel correspondiente, teniendo como base para su liquidación, el valor de los honorarios pactados, en proporción a cada período trabajado en virtud de los contratos de prestación de servicios; N° 2013034 del 1° de febrero de 2013, este prorrogado desde 1° de agosto de 2013 al 31 de octubre del mismo año; N° 2013641 del 5 de noviembre de 2013; N° 2014027 del 5 de enero de 2014; N° 2014492 del 25 de julio de 2014; N° 2015075 del 20 de enero de 2015; N° 2015423 del 4 de junio de 2015; N° 2015869 del 1° de octubre de 2015, **por cuanto operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás contratos.**

(ii) Tomar durante el tiempo comprendido entre el **2 de febrero de 2012 y el 27 de diciembre de 2015**, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (el valor de los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron

¹¹ «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público [...]».

56

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

57

efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

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

(iii) Devolver los dineros cancelados por la actora en razón a la cuota parte legal que municipio de Sogamoso no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los mencionados contratos.

(iv) De igual manera, se declarará que el tiempo laborado por la demandante bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, entre el **2 de febrero de 2012 y el 27 de diciembre de 2015**, se debe computar para efectos pensionales.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

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

57

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

58

9. Prescripción trienal de los derechos salariales y prestacionales

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 prevé el fenómeno jurídico de la prescripción, en los siguientes términos:

“Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho debidamente determinado, pero sólo por un lapso igual”

De igual forma, el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del decreto antes referido, en el artículo 102, establece:

"Artículo 102. Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescribirán en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual".

Aunado a lo anterior, la Sala ha acogido en casos como el aquí estudiado, la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016¹², en la que precisó:

"() En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca del 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 éste

¹² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, C.P Carmelo Perdomo Cuéter. No radicado 23001 23 33 0002013 00260 01 (0088-2015)

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

59

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 favorabilidad¹³, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales¹⁴ y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales¹⁵ así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas¹⁶ e irrenunciabilidad a la seguridad social¹⁷.

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.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción

¹³ Constitución Política artículo 53.

¹⁴ *Ibídem*

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1141 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porte. "El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa y 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"

¹⁶ Constitución Política artículo 25.

¹⁷ *Ibídem*, artículo 46, inciso 2.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

60

contractual, que será excluida de reconocimiento y examinado en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales ()'.
(Destacado por la Sala)

Dicha sentencia de unificación, proferida en aplicación de lo previsto en el artículo 271 del C.P.A.C.A, constituye precedente vertical de obligatorio acatamiento para esta Sala, por lo que en materia de prescripción en asuntos como el presente, quien pretende el reconocimiento de una relación laboral con el Estado, debe hacer la reclamación dentro de los tres años siguientes contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, so pena que se extingan los derechos prestacionales que se deriven de aquella.

Por tanto, para lo que se debate en esta instancia, resulta relevante señalar que, una vez verificada la existencia de la relación laboral, el fallador tiene la carga de determinar, aún de oficio¹⁸, si se ha configurado el fenómeno jurídico de la prescripción.

En jurisprudencia reciente del 12 de agosto de 2019¹⁹, esa Sección destacó las reglas que trajo consigo la anterior sentencia de unificación así:

“La citada sentencia además de reiterar la importancia del elemento «subordinación» para determinar la existencia del contrato realidad, unificó la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno a la forma en cómo se deben reconocer las prestaciones sociales y salariales de aquellos contratistas que acrediten una relación laboral. De igual manera, para los

¹⁸ En concordancia con el segundo inciso del artículo 187 del CPACA “la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada”.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 12 de agosto de 2019. C.P. Dr. Rafael Francisco Suárez. Radicación: 81001-23-33-000-2013-00033-01(2346-14

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

61

casos en los que deba aplicarse la figura de la prescripción, señaló, como reglas jurisprudenciales del restablecimiento del derecho, las siguientes:

i) que quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual;

ii) no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión;

iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él;

iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control;

v) no resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho;

vi) el estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia;

vii) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral;

viii) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho; y,

ix) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.

En particular, las reglas anteriores fueron fijadas con la finalidad de acoger el criterio más favorable para aquellos que acuden ante la jurisdicción con el fin de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación aboral, pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal. Por ello, el deber de todo juez del orden contencioso-administrativo es aplicarlas y discernir el caso puesto a su conocimiento conforme a dicha finalidad”

61

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

62

De manera que la jurisprudencia transcrita concluye la procedencia en la aplicación de la sanción prescriptiva de carácter extintivo en tratándose de la declaratoria de relación laboral derivada de la desnaturalización de contratos de prestación de servicios, en atención a lo dispuesto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, es decir, por un término de 3 años los cuales se contarán con posterioridad a la finalización del respectivo contrato, posibilita su interrupción por solo una ocasión y, cobra particular relevancia, el examen de la interrupción entre contratos sucesivos, precisándose que dicha prescripción no afecta los aportes pensionales.

Entonces, debe precisar la Sala, que **la fecha desde la cual se examina el inicio de la orden y/o contrato de prestación de servicios es la de la firma del contrato, mas no de su acta de inicio**, pues es a partir de aquella data que surgen las obligaciones contractuales del contratista con la entidad contratante.

En efecto, cabe recordar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que refiere ese 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 allí”* y que en los términos del artículo 41 ibidem, *“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”*; ya para su *“ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes”*, salvo las excepciones legales.

Tomando en cuenta estas disposiciones, **el acta de inicio no es un requisito de perfeccionamiento ni de ejecución del objeto contratado; puede ser una estipulación contractual.**

62

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
 Demandante : Oredt Caballero Rueda
 Demandado : Municipio de Sogamoso
 Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

63

En segundo término, las interrupciones que configuran solución de continuidad, se contabilizan, en días hábiles, en razón a lo previsto en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, “(...) *Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad*” .

Acorde con el artículo 62 de la Ley 4 de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, “*En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil*”.

Significa lo anterior, que los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entenderán hábiles, es decir, suprimiendo los feriados como domingos, festivos; en el evento de que se trate de días calendario, tal circunstancia deberá ser expresa²⁰.

Ahora bien, en lo que toca a si existió interrupciones entre uno y otro contrato para efectos de establecer si la prescripción debe contarse para cada vínculo contractual por separado o para verificar si por el contrario no medió solución de continuidad, tendrá en cuenta la Sala que la vinculación contractual de la señora Oredt Caballero Rueda con el municipio de Sogamoso entre los años 2012 al 2015, se vio sometida a interrupciones entre la ejecución de uno y otro contrato, tal como se advierte en la siguiente tabla:

Nº de contrato	Fecha de Inicio	Fecha de finalización	Interrupción para iniciar la siguiente ejecución
2012011	2-02-2012	2-05-2012	8 días
2012305	14-05-2012	14-12-2012	35 días
2013034	1-02-2013	31-07-2013	0
2013034	Prórroga 1-08-2013	31-10-2013	2 días
2013641	5-11-2013	31-12-2013	2 días

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Radicado 11001032500020110063500 (24832011)

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

64

2014027	5-01-2014	14-07-2014	8 días
2014492	25-07-2014	28-12-2014	15 días
2015075	20-01-2015	25-05-2015	7 días
2015423	4-06-2015	9-10-2015	0
2015869	1-10-2015	27-12-2015	Fin de la relación laboral

Bajo lo descrito, en lo tocante a la interrupción entre la ejecución de un contrato y el inicio del siguiente, indicó el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 que, es deber del juez determinar en cada caso si se presentó o no la referida interrupción, esto a fin de proteger los derechos de los trabajadores.

A juicio de la Sala, las interrupciones que se hayan presentado en el marco de la vinculación por órdenes de prestación de servicios, pueden ser consideradas como el punto de partida para contabilizar el término prescriptivo, siempre y cuando éstas sean razonables y no encuentren justificación en el espacio de tiempo que debió utilizar la entidad a efectos de adelantar todos los trámites administrativos correspondientes a fin de lograr nuevamente la vinculación de la contratista, pues de lo contrario deberá estarse a la finalización definitiva del vínculo contractual como punto de partida del término prescriptivo.

Bajo el derrotero anterior, encuentra la Sala que la vinculación contractual de la señora Oredt Caballero para prestar el servicio de auxiliar administrativo, en el periodo comprendido del **2 de febrero de 2012 y el 27 de diciembre de 2015**, tuvo unas interrupciones que no responden al tiempo que debió emplear la entidad demandada a fin de vincular nuevamente a la demandante, y además, debe tenerse presente que la única situación que puede dar lugar a que el término prescriptivo para todos los contratos se cuente desde la finalización del último, es que entre ellos no medie solución de continuidad, circunstancia que conforme el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, surge cuando transcurren no más de quince días hábiles entre el retiro y la nueva vinculación, lo que no ocurrió en el caso particular, en donde, entre la suscripción de una y otra orden de servicios transcurrieron lapsos superiores.

64

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

65

Así las cosas, considera la Sala que, pese a que la sentencia de unificación dejó la valoración de cada caso concreto al juez, ello no implica que pueda la Sala saltar interrupciones de más de un mes en algunos eventos, para afirmar que no existió solución de continuidad entre uno y otro, máxime cuando el mismo Consejo de Estado²¹ en reciente pronunciamiento – proferido con posterioridad a la sentencia de unificación – ha estudiado la prescripción individual de cada contrato, incluso cuando han mediado interrupciones menores a un mes. A efecto, señaló el alto Tribunal:

“Al descender al caso particular, se encuentra que el 6 de marzo de 2015 el demandante presentó reclamación administrativa ante el SENA a efectos de obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y que el último contrato de prestación de servicios suscrito con la citada entidad finalizó el 31 de diciembre de 2013, de lo que se desprende la procedencia del restablecimiento del derecho de ese contrato identificado bajo el número 00013 (del 17 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2013).

Respecto de los contratos pactados previamente, esto es, los identificados bajo los números 039312 (del 19 de julio de 2012 a 31 de diciembre de 2012), 004412 (de 7 de febrero de 2012 a 30 de junio de 2012) y 00045 (de 14 de julio de 2011 a 30 de diciembre de 2011) se contará de manera individual la prescripción al encontrarse interrupciones entre la ejecución entre unos y otros, acatando las directrices impuestas por la sentencia de unificación previamente señalada.

Así las cosas, se encuentra probado que entre la finalización del contrato 00045 de 2011 (30 de diciembre de 2011) y la reclamación administrativa de 6 de marzo de 2015 transcurrieron más de los 3 años señalados como término de prescripción extintiva, lo que permite determinar se deberá declarar probada la citada excepción de los emolumentos prestacionales solicitados desde esa fecha, hacia atrás, en virtud del rompimiento del vínculo contractual.

No sucede lo mismo respecto de los contratos 4412 de 2012 y 3932 de 2012, porque entre la terminación de cada uno de ellos, (el primero, el 30 de junio de 2012 y el segundo el 31 de diciembre de 2012) y la reclamación administrativa de 6 de marzo de 2015, si se encontraban dentro del término previamente transcrito, razón por la cual por esos

²¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "A" - consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS. Sentencia fechada del veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018). No radicado 20001-23-39-000-2015-00235-01(0500-17) - Actor: ROBERTO CARLOS FRAGOZO ÁLVAREZ - Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

65

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

66

periodos si se reconocerán las prestaciones sociales.

Ahora bien, es preciso señalar que la prescripción previamente señalada no se aplicará respecto de los aportes pensionales, puesto que sobre tal aspecto la sentencia de unificación discernió de la siguiente manera:”

Así las cosas, **el último contrato** suscrito por la señora Oredt Caballero Rueda finalizó el **27 de diciembre de 2015**, luego para realizar la reclamación respecto de este último, tenía hasta el 27 de diciembre de 2018, y como la misma fue hecha el **15 de febrero de 2016**, se concluye que ha operado la prescripción de las prestaciones sociales reclamadas con anterioridad al **15 de febrero de 2013**.

No obstante, como para dicha fecha se encontraba en ejecución el contrato 2013034 del 1° de febrero de 2013, debe declararse la prescripción de las prestaciones sociales generadas con anterioridad a dicha fecha. lo anterior, toda vez que entre la finalización del contrato No 2012-305 y la suscripción del No 2013-034 transcurrió un lapso de 35 días hábiles, interrupción que la Sala no encuentra justificada en evento alguno que le permita afirmar que entre aquella y esta no medio solución de continuidad.

Sin embargo, no sucede lo mismo con los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, los cuales, al ser públicos de naturaleza parafiscal, no están sujetos a ningún término prescriptivo y, por ende, dada la declaratoria de la existencia de la relación laboral, debe ordenarse a la entidad el pago por este concepto.

Así las cosas, estima la Sala que la actora tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las correspondientes prestaciones sociales conforme se precisa en la parte resolutive de esta providencia, por lo que se debe tener como base para su liquidación, los honorarios pactados en los contratos, pues ninguna otra prueba de ingreso existe en el proceso, y se atenderán, en igualdad de condiciones que las establecidas para los empleados públicos del orden territorial del nivel correspondiente, las pedidas por la demandante.

66

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

67

Se reitera que en atención a que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, la entidad demandada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 2 de febrero de 2012 y el 27 de diciembre de 2015) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (el valor de los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, se deben tener en cuenta las cotizaciones que realizó la demandante al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

En lo concerniente a la pretensión de devolución de los dineros cancelados por concepto de aportes al sistema general de seguridad social, se tiene que solo es procedente tal petición respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud, puesto que frente a los contratos suscritos antes del **1° de febrero de 2013**, como se anotó en párrafos anteriores, operó el fenómeno jurídico-procesal de la prescripción trienal, lo cual se hace extensivo al deprecado reintegro, toda vez que, de acuerdo con la pluricitada sentencia de unificación, este es un beneficio puramente económico para la demandante.

A pesar de lo dicho, resulta oportuno declarar en este fallo que el tiempo trabajado por la actora bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios durante **el período comprendido entre 2 de febrero de 2012 y el 27 de diciembre de 2015, se debe computar para efectos pensionales.**

En lo atañadero a la sanción moratoria pretendida por la accionante, tampoco

67

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

68

se accede a esta en la medida en que la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con esta sentencia.

Para finalizar, en relación con la pretensión de devolución de los valores deducidos a la demandante por retención en la fuente, no se accederá a ella pues estos dineros no ingresaron a la entidad demandada y se trata de una cuestión de índole tributaria ajena a este proceso. En efecto, es criterio jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo siguiente:

“Por último, la Subsección estima que no hay lugar a la devolución de los valores pagados por retención en la fuente, ni rete-ICA, pues tal como lo ha sostenido esta Corporación “... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los Contratos de Prestación de Servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, **la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión.**”²²

Por lo anterior, la devolución de los dineros pagados por el actor por conceptos tributarios no es procedente, toda vez que no es el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, la entidad encargada de recepcionar ni administrar dichos valores.”²³ Resaltado fuera de texto

10. Costas y agencias en derecho

Encuentra la Sala que, en materia de costas, no ha sido constante el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado, pues por una parte en sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por la Subsección "A" con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, dentro del expediente con radicación

²² Sentencia del 13 de junio de 2013, actor Alejandro Gómez Rodríguez, demandado: Hospital San Fernando de Ama ESE. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “” A”. C.P. Dr. William Hernández Gómez. Sentencia de 27 de abril de 2016 Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). Actor: Oscar Moreno Caicedo. Demandado: DAS

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

69

20001-23-33-000-2012- 00222-01(1160-15), indicó que condena implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes, pero por otra parte, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con radicación No. 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), expuso que no puede ser impuesta la condena por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión se debe establecer y estar comprobado en el proceso que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena.

Así las cosas, considera la Sala que las providencias citadas plantean criterios opuestos, por lo que atendiendo la postura que resulta más favorable a la parte vencida, no se condenará en costas en esta instancia.

Lo anterior en concordancia con la decisión proferida en sede de tutela del 8 de febrero de 2019 por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el expediente con radicación No. 11001-03-15-000-2018-03416-01(AC), en la que señalo que al no existir en esa Corporación una postura consistente y unificada en materia de costas, no podría hablarse de un precedente vinculante para la autoridad judicial y, por tanto, está facultada para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala Segunda de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

69

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

70

FALLA:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia del 13 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Sogamoso que negó las súplicas de la demanda incoada por la señora Oredt Caballero Rueda contra el municipio de Sogamoso, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. DECLARAR LA NULIDAD de los oficios N° 201616000263311 del 12 de abril de 2016 y N° 20161600287121 del 26 de mayo de 2016, por medio de los cuales el jefe de la oficina jurídica del municipio de Sogamoso le negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, así como el pago de las respectivas acreencias laborales, de acuerdo con la motivación.

TERCERO. DECLARAR la existencia de una relación laboral entre el municipio de Sogamoso y Oredt Caballero Rueda, durante el periodo en que prestó sus servicios como auxiliar administrativo en la Secretaría de Educación y Cultura del municipio de Sogamoso.

CUARTO. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al municipio de Sogamoso:

(i) Pagar a la accionante las correspondientes prestaciones sociales en igualdad de condiciones que las establecidas para los empleados públicos del orden territorial del nivel correspondiente, teniendo como base para su liquidación, el valor de los honorarios pactados, en proporción a cada período trabajado en virtud de los contratos de prestación de servicios N° 2013034 este prorrogado desde 1° de agosto de 2013 al 31 de octubre del mismo año, N° 2013641, N° 2014027, N° 2014492, N° 2015075, N° 2015423, N° 2015869, **por cuanto operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás contratos.**

70

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

71

(ii) Tomar durante el tiempo comprendido entre el 2 de febrero de 2012 y el 27 de diciembre de 2015, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (el valor de los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

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

(iii) Devolver los dineros cancelados por la actora en razón a la cuota parte legal que municipio de Sogamoso no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los mencionados contratos.

QUINTO. El municipio de Sogamoso hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática, a saber:

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

SEXTO. El municipio de Sogamoso deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO. Declarar que el tiempo laborado por que el tiempo laborado por la demandante Oredt Caballero Rueda bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, entre el 2 de febrero de 2012 y el 27 de diciembre de 2015, se debe

71

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

72

computar para efectos pensionales.

OCTAVO. Negar las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO. Sin condena en costas a la parte demandada.

DÉCIMO. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

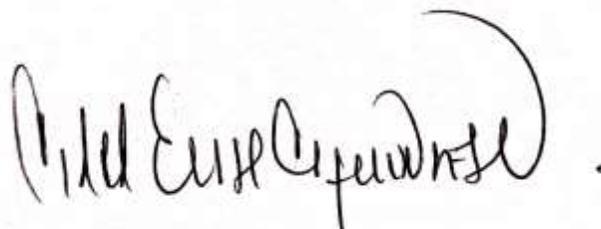
Esta providencia fue estudiada y aprobada en reunión virtual de la Sala Segunda de Decisión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ

Magistrada

72

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Oredt Caballero Rueda
Demandado : Municipio de Sogamoso
Expediente : 15759-33-33-002-2017-00096-02

73

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'J' followed by a smaller, more legible signature.

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado

73