



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado:	73001-33-33-005-2020-00199-00
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Parte demandante:	Melisa Fernanda Molina Bocanegra
Parte demandada:	Conservatorio del Tolima

Realizada la audiencia oral que trata el artículo 180 del C. de P.A. y de lo C.A. y surtido el trámite establecido en los artículos 181 y 182 *ibidem*, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho¹ profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

1. Antecedentes:

1.1 De la Demanda

La señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A. promovió demanda contra el Conservatorio del Tolima, tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

1.2 Pretensiones

1.2.1 Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio del 17 de junio de 2020, por medio del cual el Conservatorio del Tolima negó lo solicitado por la parte demandante mediante petición de 12 de marzo de 2020, que tenía por finalidad la declaratoria de existencia de una relación laboral entre la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** y la entidad demandada entre los años 2016 a 2019.

1.2.2 Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre la parte demandante y la parte demandada existió una relación laboral durante los periodos que se suscribieron los contratos de prestación de servicios durante el período comprendido entre el 25 de enero del 2016 y el 20 de diciembre del 2019, y se ordene el pago de todas las prestaciones sociales y factores salariales que se reconocen a los empleados públicos que desempeñen funciones similares en la entidad.

1.2.3 Que se ordene a la demandada nivelar el salario de la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** a pagar la diferencia de valores entre el salario que debió cancelarse y los sueldos que recibían los empleados públicos que ejecutaban labores similares entre el 25 de enero del 2016 y el 20 de diciembre del 2019.

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “Estado de Emergencia económico, social y ecológico” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “coronavirus”; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue discutida y aprobada por la el Juzgado a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

1.2.4 Que se reconozca a la demandante la sanción o indemnización moratoria por el no pago o reconocimiento de sus cesantías, suma debidamente indexada y ajustada conforme las previsiones dadas por el Consejo de Estado.

1.2.5 Se ordene a la demandada el pago de los porcentajes de cotización correspondientes al sistema de seguridad social en pensión, salud y riesgos laborales que debieron haber sido trasladados a los fondos respectivos durante el tiempo de servicio comprendido entre el 25 de enero del 2016 y el 20 de diciembre del 2019.

1.2.6 Que se declare que el tiempo laborado por la demandante bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios se debe computar para efectos pensionales.

1.2.7 Ordenar la indexación de todas las condenas en dinero.

1.2.8 Condenar en costas a la parte demandada.

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, y que se fijaron así en la audiencia inicial, la parte demandante narró los siguientes,

1.3 Hechos:

1.3.1 Que la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** suscribió con el Conservatorio del Tolima los contratos de prestación de servicios Nos. 004 del 1 de enero del 2016, 192 del 1 de agosto del 2016, 007 del 18 de enero del 2017, 167 del 18 de julio del 2017, 005 del 9 de enero del 2018, 147 del 12 de julio del 2018 y 295 del 16 de octubre del 2018 (Archivos en PDF Carpetas 1 y 2 anexos 1 y 2 de la demanda).

1.3.2 Que el 12 de marzo del 2020 la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** por conducto de apoderado judicial, presentó solicitud de reconocimiento de una relación laboral y pago de prestaciones sociales ante el Conservatorio del Tolima, tal ente dio respuesta desfavorable a su petición mediante acto administrativo del 17 de julio del 2020 (Archivos en PDF Carpeta 3 anexos 3 de la demanda).

2. Trámite Procesal.

La demanda se presentó el 16 de septiembre del 2020. Por auto de 9 de octubre de 2020 se admitió (fl. 124 expediente digital), ordenó su notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Agente destacado del Ministerio Público en este Juzgado y al demandado Conservatorio del Tolima.

Surtida en debida forma la notificación, la parte demandada contestó oportunamente la demanda.

2.1 Contestación de la Demanda.

Conservatorio del Tolima.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, considerando que resultan improcedentes y carentes de sustento fáctico, jurídico y probatorio, como quiera que se refieren a una relación laboral que no existió; se opone a la prosperidad de todas las pretensiones, porque el acto administrativo cuestionado se ajusta a la legalidad, como quiera que los contratos de prestación de servicios celebrados entre la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** y el Conservatorio del Tolima se celebraron con sujeción a las reglas de la contratación pública y al manual de contratación del Conservatorio.

Asegura que para el año 2019, la vinculación entre la demandante señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** y la entidad demandada obedeció a una relación laboral, por lo que durante tal periodo se efectuaron la totalidad de los pagos correspondientes a las prestaciones sociales propias de un vínculo laboral, la reclamación en tal período resulta improcedente.

Propuso como **excepciones de mérito**: *i. Coordinación contractual no configura subordinación - inexistencia del vínculo laboral*, indicando que no existió vínculo laboral entre las partes, pues las actividades desarrolladas por la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** se surtieron dentro del marco de un contrato de prestación de servicios para apoyar a la gestión; *ii. cobro de lo no debido - incompatibilidad de emolumentos laborales con la vinculación jurídica de la demandante*, puesto que la parte demandada no adeuda a la demandante nada por derechos laborales o prestacionales, ya que no existió ninguna relación laboral entre los años 2016 a 2018; *iii. Pago o compensación*, para que frente a toda situación de hecho y/o derecho expuesta en el escrito de demanda, se tengan en cuenta los pagos efectuados desde el año 2016 hasta el año 2019 como compensación de cualquier suma que resulte a favor de la demandante; *iv. Improcedencia de sanción moratoria y nivelación salarial solicitada*, como quiera que el reconocimiento eventual de una relación laboral no da lugar a reconocer ni sanción moratoria ni la nivelación salarial, teniendo en cuenta que quien pretende demostrar el contrato realidad no ostenta la calidad legal de empleado público; *v. Prescripción*, en tal sentido deberá tenerse en cuenta para cada contrato de manera individual, dado que tuvieron diversas fechas de finalización y existió interrupción entre uno y otro, los tres años conforme lo señalan los Decretos 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969; *vi. Buena fe de la demandada*, en cuanto la entidad en desarrollo de la relación contractual que tuvo con la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra**, actuó conforme a derecho y en estricto cumplimiento de la ley, dado que al no existir personal de planta suficiente para cumplir las labores encomendadas a la contratista, la única herramienta era contratar servicios de apoyo mediante contratación en la modalidad de prestación de servicios (fls. 1 a 15 carpeta Nro. 19 del expediente digital).

2.2 Audiencia Inicial

Por auto del 11 de junio de 2021, se fijó fecha y hora para realizar la audiencia inicial que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la cual se efectuó el 24 de junio de 2021. En la audiencia el Despacho surtió la etapa de saneamiento del proceso, fijó el litigio, tuvo por fallida la etapa conciliatoria, y decretó los medios de prueba solicitados por las partes y de oficio (carpeta Nro. 25 del expediente digital).

2.3 Audiencia de pruebas.

El 1 de julio de 2021 se realizó la audiencia de pruebas que trata el artículo 181 del C. de P.A. y de lo C.A., en la cual se practicaron los medios de prueba decretados en la audiencia inicial, precluyó la etapa probatoria en este proceso y concedió a las partes el término común de 10 días para que presentaran por escrito los alegatos de conclusión. El mismo término se concedió al Ministerio Público, para que, si lo consideraba, presentara concepto (carpeta Nro. 32, expediente digital).

2.4 Alegatos de Conclusión

- Parte demandante.

Sostiene que en el presente asunto con las pruebas recaudadas se logró acreditar que la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** tuvo una relación laboral con el Conservatorio del Tolima, bajo una total subordinación, además de cumplir horario de trabajo, ocupaba un espacio dentro de la institución y desarrollaba sus funciones con los implementos que allí le suministraban (carpeta Nro. 36, expediente digital).

- Parte demandada.

Solicita negar las pretensiones de la demanda, porque las declaraciones de los señores Jairo Cardona Marín y Daniela García Martínez por los cargos que desempeñaban en su condición de contratistas, no podían tener conocimiento

directo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales la accionante desempeñó sus actividades la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra**, aunado a que esta última laboraba en una sede distinta. Respecto de la testigo Lorena Rodríguez, asegura que además de dejarla en la puerta del conservatorio, no podía dar cuenta de lo ocurrido al interior de las instalaciones.

En cuanto a la prueba documental, indica que con esta se da cuenta de la existencia de un proceso contractual de naturaleza liberal entre los años 2016 a 2018, mediante el cual la demandante se comprometió al desarrollo de actividades sin sujeción a horarios, subordinación respecto de la entidad contratante, además que el objeto contractual a lo largo de la vinculación fue diferente según las necesidades de la entidad, de manera que siempre desempeñó labores de apoyo para el fortalecimiento de los procesos de la facultad de educación y artes del Conservatorio.

Finalmente asegura que la demandante no logró acreditar dentro del proceso la existencia de una relación laboral de tipo subordinado mientras la demandada si probó la naturaleza de los contratos suscritos con la demandante, por lo que deben negarse las pretensiones de la demanda (carpeta Nro. 34, expediente digital).

2.5 Concepto del Ministerio Público

Manifiesta que los contratos aportados al plenario permiten evidenciar que las funciones para las que fue contratada la demandante señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** eran propias del giro normal de la entidad contratante, de donde se advierte que por los criterios funcional, temporal o de habitualidad y continuidad, las funciones corresponden a una relación de tipo laboral, no contractual para los años 2016 a 2018; el que se hayan presentado interrupciones entre uno y otro contrato, obedeció a que en tales periodos no se presta el servicio educativo, de manera que no logran desvirtuar la continuidad.

Frente a la prestación de servicios del 2019, señala que conforme a la prueba tuvo vínculo legal y reglamentario y se presume que percibió la totalidad de salarios y prestaciones que por tal concepto corresponden. Asegura que tampoco debe efectuarse reconocimiento alguno por concepto de indemnización o sanción moratoria, pues la sentencia es la que reconoce la relación laboral y solo a partir de su ejecutoria surge para la administración el deber de efectuar el reconocimiento.

Finalmente, respecto a la pretensión de que los pagos se efectúen atendiendo al salario que perciben los servidores de planta que cumplan con la misma función, debe negarse, en la medida que la base salarial a tener en cuenta es la pactada dentro de los contratos (carpeta Nro. 38 del expediente digital).

Surtido el trámite procesal en debida forma, el Juzgado procede a resolver el fondo del presente asunto y lo que en derecho corresponda, previas las siguientes:

3. Consideraciones

Competencia.

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del C. de P.A. y de lo C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155, numeral 2 y 156, numeral 3 *ibidem*.

Problema jurídico.

El problema jurídico por resolver consiste en determinar ¿i. si existió entre la señora Melisa Fernanda Molina Bocanegra y el Conservatorio del Tolima una relación laboral, por el período comprendido entre el 25 de enero del 2016 al 20 de diciembre del 2019; y de ser así, determinar la legalidad del acto administrativo emitido el 17 de julio del 2020 por el Conservatorio del Tolima; ii. Si de esa relación laboral y a consecuencia de la declaratoria de nulidad, es posible derivar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y factores salariales que se reconocen a los empleados públicos que desempeñen funciones similares en la entidad, debidamente indexadas, además del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no pago de cesantías, al pago de los porcentajes de cotización correspondientes a la seguridad social; y iii. si hay lugar a nivelar el salario de la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra**, respecto de los empleados públicos que realicen labores similares a las que aquella desempeñó en la entidad demandada?

Tesis parte demandante

Debe declararse la existencia de una relación laboral y en consecuencia accederse a las pretensiones de la demanda, debido a que en el presente asunto está demostrado que su actividad estuvo subordinada al Conservatorio del Tolima, debiendo cumplir horario de trabajo y recibiendo órdenes e instrucciones de su jefe inmediato, lo cual desnaturalizó la relación contractual inicialmente celebrada.

Tesis parte demandada

Los contratos de prestación de servicios están ajustados a la normatividad vigente para la época en la que se celebraron, por lo cual no se debe declarar la existencia de una relación laboral, tal y como se aprecia con la prueba documental allegada.

Tesis Ministerio Público

A su juicio, se reúnen los elementos suficientes para declarar la existencia de una relación laboral y en consecuencia accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda, debido a que en el presente asunto está demostrado que su actividad estuvo subordinada al Conservatorio del Tolima, la demandante debía cumplir horario de trabajo y recibiendo órdenes e instrucciones de su jefe inmediato, lo cual configura una relación de naturaleza laboral, sin embargo deben denegarse las demás pretensiones relacionadas con la nivelación salarial y el reconocimiento de la indemnización moratoria.

Tesis del Despacho

Para el Despacho una vez analizados los argumentos de hecho y derecho de la demanda, la contestación, las excepciones, los alegatos de conclusión, y luego de la valoración en conjunto de los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, le asiste derecho a la demandante, por cuanto, según los parámetros jurisprudenciales y legales aplicables al caso, la labor para la cual fuera contratada comprende funciones y deberes que corresponden a la labor ínsita de la entidad demandada y cuya naturaleza es de carácter permanente, acreditados así los elementos esenciales que configuran una relación de carácter laboral, esto es, subordinación en el cumplimiento de órdenes, remuneración por la labor prestada, la prestación personal del servicio y la permanencia en la ejecución de la actividad contratada, en contraposición al carácter temporal que caracteriza a los contratos de prestación de servicios.

Existe mérito para la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda frente a la declaración de una relación de índole laboral, la cual tuvo algunas

interrupciones, y el consecuente reconocimiento de las prestaciones derivadas de tal naturaleza, en lo que tiene que ver únicamente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. En lo demás se denegarán las pretensiones.

Marco Normativo.

De la nulidad y restablecimiento del derecho.

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infringió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que la parte demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecucional, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

La señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efectos de cuestionar la decisión contenida en el oficio del 17 de junio de 2020, por medio del cual el Conservatorio del Tolima negó lo solicitado por la parte demandante mediante petición de 12 de marzo de 2020, que tenía por finalidad la declaratoria de existencia de una relación laboral entre la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** y la entidad demandada entre los años 2016 a 2019, y para que a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre las partes existió una relación laboral durante los periodos que se suscribieron los contratos de prestación de servicios, y se ordene el pago de los aportes a seguridad social por el mismo tiempo al fondo de pensiones al que la demandante está afiliada en la actualidad. A su vez, que se ordene que las sumas de dinero reconocidas se paguen actualizadas y con los intereses comerciales y moratorios, como lo prevén los artículos 195 y siguientes del C. de P.A. y de lo C.A., se pague la indemnización moratoria por no pago oportuno de las cesantías y se proceda a reconocer la diferencia entre el salario que percibió y el que debió pagarse a la demandante de acuerdo con el sueldo que se pagaba a los empleados de planta de la entidad demandada y se condene en costas a la parte demandada.

Por ende, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida por una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y el Juzgado es competente para conocer de ello.

El Consejo de Estado² ha advertido al respecto:

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Expediente Nro. 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce³, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados por la ley⁴, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁵, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁶.

*Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁷, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc. En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: **a)** El objeto (una decisión); **b)** la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); **c)** los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); **d)** las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y **e)** la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde una perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”.*

El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Marco normativo y jurisprudencial

La Constitución Política de Colombia, estableció en el artículo 53 los principios mínimos fundamentales que deben regir las relaciones laborales para todo tipo de empleado, sea este del orden oficial o privado.

³ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁴ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁵ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

⁶ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

⁷ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

Entre esos principios básicos, hace referencia a la “(...); **primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; (...)”

Por su parte, el artículo 122 de la Constitución determinó que no habrá empleo público que previamente no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento, y a su vez, que, para proveer los cargos de carácter remunerado, es necesario que estén contemplados en la respectiva planta y tengan previstos sus emolumentos en el presupuesto pertinente. El artículo 125 ibid., indicó 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.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

En el régimen jurídico colombiano existen tres tipos de vinculaciones con entidades del Estado con características o particularidades propias, que se identifican así:

- a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria);
- b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y
- c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).⁸

Al tenor del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el legislador estableció un concepto legal para el contrato de prestación de servicios como tipología de contrato estatal, según el cual:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...).

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

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

Del texto transcrito se tiene entonces que (i) el contrato de prestación de servicios es un acto jurídico generador de obligaciones (ii) cuyo objeto está encaminado al desarrollo de actividades propias de administración y/o funcionamiento de la entidad contratante; (iii) que puede celebrarse entre entidades estatales y un privado, sea esta persona jurídica o natural, donde en este último evento (privado – persona natural), dicha contratación queda supeditada a que (a) la actividad no puede ejecutarse con el personal vinculado a la entidad o (b) se requiere de cierto conocimiento especializado con el que no se cuenta. Aunado a ello este contrato

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, CP. GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del 22 de noviembre de 2012, Expediente 25000-23-25-000-2003-00839-01 (1165-2010), demandante: Roberto Alfonso Chávez Vargas, demandado: Municipio de Fusagasugá.

también se caracteriza por (iv) tener temporalidad limitada, y (v) que de él no se deriva relación o acreencia laboral alguna.

A su vez, la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997⁹ efectuó el análisis de constitucionalidad del numeral 3º -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que reguló el Estatuto de Contratación Administrativa, y en la misma providencia hizo referencia a las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

En relación con el contrato de prestación de servicios, consideró que éste se caracteriza por:

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

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

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. [...]

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

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

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

⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, MP. HERNANDO HERRERA VERGARA, sentencia del 19 de marzo de 1997, expediente D-1430, Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero, Norma acusada: Numeral 3o. - parcial del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "Por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa".

previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente»¹⁰. (Negrilla, subrayado fuera del texto)

Respecto del contrato de trabajo, indicó que éste se caracteriza por la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación de este, mientras que, en el contrato de prestación de servicios, la actividad a desarrollar es independiente, excluyendo la subordinación, elemento esencial, distintivo y determinante en la diferenciación entre dichas formas de contratar.

El modo de contratación a través de contrato de prestación de servicios no tiene como efectos el reconocimiento de prestaciones sociales, salvo que se acredite que, en la ejecución de dicho contrato, existió subordinación, lo cual tipifica el contrato de trabajo o una relación laboral, con el consecuente reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Por su parte, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 del mismo año precisó que: “...para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”¹¹ (Subraya fuera de texto).

En el mismo sentido, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 estableció que en ningún caso pueden celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente.

La Corte Constitucional realizó el análisis de constitucionalidad del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968¹², reiterando los elementos constitutivos de una relación laboral y de una relación contractual de prestación de servicios y sus distinciones. La referida Corporación indicó:

(...). ..., la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. De esa manera, ahora resulta relevante e indispensable establecer cómo debe entenderse el concepto de función permanente. (...).

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber: i) Criterio funcional: (...). ii) Criterio de igualdad: (...). iii) Criterio temporal o de la habitualidad: (...). iv) Criterio de la excepcionalidad: (...). v) Criterio de la continuidad: (...).

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA.

¹¹ Mediante Sentencia C-614 de 2009 la Corte Constitucional indicó respecto de dicho aparte, entre otras cosas, que la permanencia es un elemento indicativo adicional de la existencia de una verdadera relación laboral.

¹² Corte Constitucional, MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, sentencia del 2 de septiembre de 2009, radicado: C-614 de 2009, D-7615, Actor: María Fernanda Orozco Tous, Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968.

..., una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.

Por su parte el Consejo de Estado¹³ reitera respecto de la configuración del contrato realidad, que deben acreditarse los tres elementos propios de una relación de trabajo:

1) la prestación personal del servicio (de manera permanente), 2) la remuneración respectiva y, 3) 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 suscrito¹⁴.

Con relación a la presunción legal establecida en la Ley 80 de 1993 artículo 32, y la carga de la prueba para desvirtuarla, el referido tribunal consideró:

*..., es claro que el inciso 2º del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no establece presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. (...) por el contrario, la disposición en cita de manera expresa consagró que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, **si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal**, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral.*

..., el contratista que pretenda desvirtuar la presunción que recae sobre los contratos de prestación de servicios que ejecutó en favor de la administración y sobre los cuales, considera que en la realidad, lo desarrollado fue una verdadera relación de trabajo, tiene que (...) probar la existencia de los elementos configurativos de la relación laboral, enervando los efectos de la presunción legal que afecta la relación contractual primigenia.

..., la viabilidad de las pretensiones encaminadas a la declaración de una relación laboral debe encontrar un sustento claro y preciso en la actividad probatoria que la parte demandante lleve a cabo a fin de desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.¹⁵

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, CP. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, sentencia del 23 de junio de 2005, Radicado 20001-23-31-000-2001-00487-01 (2161-04).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, sentencia del 19 de febrero de 2009, Radicado 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-2005), actor: Ana Reinalda Triana Viuchi.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, CP. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del 16 de marzo de 2017, Radicado: 20001-23-33-000-2012-00219-01(4267-2014).

De acuerdo con lo anterior, si bien la Constitución Política garantiza la protección del trabajador y sus derechos, desde la perspectiva de la existencia de un contrato realidad, también lo es que la ley presume que los contratos de prestación de servicios que se celebren con las entidades estatales, se celebran con tal fin, es decir, excluyendo todos los elementos constitutivos de una relación laboral, **de modo que corresponde al interesado directo desvirtuar la presunción legal del objeto de los contratos de prestación de servicios, esto es, acreditando con suficiencia los elementos característicos de una relación laboral.**

En ese sentido, se invierte la carga de la prueba y es necesario que la parte interesada acredite la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación o dependencia respecto de quien prestó el servicio, además de la permanencia en la prestación del servicio, y que la actividad desarrollada sea inherente a la entidad y similar a las funciones desempeñadas por los empleados de planta.

Corresponde señalar que con sustento en las leyes 734 y 790 de 2002, y 909 de 2004 la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado respecto del uso indebido del contrato de prestación de servicios, para indicar que *“En el ordenamiento jurídico no solo se ha previsto la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también se han fijado sanciones para el servidor que contrate a través de esta modalidad por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.”*¹⁶

El Consejo de Estado en sentencia de 25 de agosto de 2016, unificó su jurisprudencia respecto al contrato realidad y aspectos conexos, como el ingreso base que debe tenerse en cuenta para efectos de la liquidación de las prestaciones a que haya lugar, la prescripción de los derechos laborales reclamados, entre otros aspectos.

En la parte considerativa de la sentencia se expusieron importantes argumentos relacionados, en especial, con los aspectos determinantes para la configuración del contrato realidad:

“(…) el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

De igual manera, (...) recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, CP. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, sentencia del 26 de julio de 2018, Radicado: 68001-23-31-000-2010-00799-01 (2778-2013).

económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.”¹⁷

En consecuencia, fijó las siguientes reglas (acreditada la relación laboral):

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

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

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

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

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

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

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, Radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15), Referencia: CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), Tema: Contrato realidad (docente), Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 Nro. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

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

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) **el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados**.¹⁸ (Énfasis fuera de texto).

De conformidad con las reglas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado, en relación con el contrato realidad, quien pretenda su reconocimiento y los derechos que de éste se deriven, debe reclamarlos dentro del término de 3 años contados a partir de la terminación del vínculo contractual, prescripción que no opera respecto de los aportes a pensión.

Entre otras reglas fijadas, indicó que para abordar el análisis de la prescripción en cada caso concreto, es necesario, **previamente**, estudiar y acreditar la existencia de una relación laboral; así mismo, que el juez debe pronunciarse -así la parte demandante no lo haya solicitado- respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez acreditada la existencia de una relación laboral.

En ese sentido, el Despacho destaca que el reconocimiento de los *salarios*, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social en pensiones, que se deriven de la relación laboral, así como el análisis de la prescripción, es procedente **siempre que se acredite la existencia de la relación laboral**, por cuanto, es de su demostración que dependen los derechos económicos y prestacionales laborales pretendidos.

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

Para efectos de determinar el tipo de vinculación entre la parte demandante con Telecom, y recordando las diferencias entre las tipologías contractuales de prestación de servicios y de contrato laboral establecidas por la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 21 de junio de 2018¹⁹, realizó un análisis a las conclusiones a las que en ese momento llegó el Órgano de Cierre Constitucional, esto es, la procedencia de la celebración de contratos de prestación de servicios en *“los casos en los cuales la función de la*

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del 21 de junio de 2018, Radicado: 81001-23-33-000-2013-00040-01(3916-14), Actor: Lillie Aurora Paredes Castaño, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, Referencia: tipologías contractuales para determinar cuándo se configura la subordinación frente a aquellas funciones que no pueden ser realizadas por personas pertenecientes a la planta de la entidad, argumentos: acápites a. parte considerativa de la jurisprudencia en cita.

administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante, o por la necesidad de conocimientos especializados. Además, en estas situaciones hay autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista.”, pudiéndose desvirtuar dicha tipología de contrato cuando se demuestra “la subordinación continuada”.

En esa oportunidad, señaló que las diferencias entre las mencionadas tipologías contractuales no se agotan con lo previamente enunciado, pues en efecto, trayendo el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional, resaltó que uno de los propósitos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es:

“En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.

Resulta, por consiguiente, inadmisibile la tesis según la cual tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa. (...)

Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.

Y es, finalmente, inaceptable, que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub-lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones. Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir “el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario: El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal (sentencia C-555 d 1994)”²⁰.

Así reiteró el Honorable Consejo de Estado “que no necesariamente se está frente a un contrato laboral cuando se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, dado que una relación legal y reglamentaria tiene requisitos especiales. Por otra parte, se debe resaltar que en el caso en que se labore en la sede de la entidad, ello por sí mismo, no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral.

También se vislumbra de la jurisprudencia citada ut supra que el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios, rendir informes sobre la prestación del mismo no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, sino que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.”

De la vocación de Permanencia de la Función.

Aunado a lo hasta ahora expuesto y por encontrarse relevante para el esclarecimiento del asunto de marras, conviene hacer mención de lo expuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia arriba citada que con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, destaca:

“La Corte Constitucional, cuando declara la Constitucionalidad del inciso final el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 y el aparte resaltado del artículo 1º del Decreto 3074 de 2008, en sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009 expuso:

“La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) CRITERIO FUNCIONAL, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral; ii) CRITERIO DE

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del 21 de junio de 2018, Radicado: 81001-23-33-000-2013-00040-01(3916-14), Actor: Lillie Aurora Paredes Castaño, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, Referencia: tipologías contractuales para determinar cuándo se configura la subordinación frente a aquellas funciones que no pueden ser realizadas por personas pertenecientes a la planta de la entidad, argumentos: acápites a. parte considerativa de la jurisprudencia en cita.

IGUALDAD: *Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) **CRITERIO TEMPORAL O DE LA HABITUALIDAD:** *si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo 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; iv) **CRITERIO DE LA 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 que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) **CRITERIO DE LA CONTINUIDAD:** *si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral*"²¹ (Líneas, resaltado y mayúsculas no corresponden al texto original).***

De la naturaleza jurídica del Conservatorio del Tolima.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal aportado con la demanda, el Conservatorio del Tolima es una institución de Educación Superior oficial y su carácter académico es el de Institución Universitaria, creada mediante Ordenanza Nro. 42 del 12 de octubre de 1980, sujeta a la inspección y vigilancia del Ministerio de Educación Nacional (anexos de la demanda carpeta 03).

Caso concreto.

Corresponde determinar si entre la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** y el Conservatorio del Tolima existió una verdadera relación laboral, de la cual se derive el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, con sustento en el principio de la realidad sobre las formalidades, establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Para que se configure la existencia de un contrato realidad o de una relación laboral, deben concurrir y acreditarse sus tres elementos constitutivos:

1) la prestación personal del servicio (de manera permanente); 2) la remuneración respectiva; 3) la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública; y 4) la permanencia, según el marco normativo y jurisprudencial expuesto. No obstante, la subordinación debe diferenciarse de una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual se suscribió.

a. Prestación personal del servicio:

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, sentencia del 24 de junio de 2015, Radicado 68001-23-31-000-2010-00067-01.

De conformidad con los medios de prueba aportados, está acreditado en el proceso que la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** fue contratado para prestar sus servicios de apoyo a la decanatura de la Facultad de Educación y Artes del Conservatorio del Tolima, a partir del 25 de enero de 2016, mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios, así:

Año	Nro. de Contrato de prestación de servicios	Fecha de suscripción	Fecha de inicio	Fecha de finalización	Tiempo contratado	folio
2016	004	18 de enero del 2016	25 de enero del 2016	6 de julio del 2016	6 meses y 7 días	Expediente administrativo
2016	192	1 agosto del 2016	1 de agosto del 2016	22 de diciembre del 2016	4 meses y 22 días	Expediente administrativo
2017	007	18 de enero del 2017	18 de enero del 2017	17 de julio del 2017	6 meses	Expediente administrativo
2017	167	18 de julio del 2017	18 de julio del 2017	18 de diciembre del 2017	5 meses	Expediente administrativo
2018	005	9 de enero del 2018	9 de enero del 2018	9 de julio del 2018	6 meses	Expediente administrativo
2018	147	12 de julio del 2018	12 de julio del 2018	12 de octubre del 2018	3 meses	Expediente administrativo
2018	295	16 de octubre del 2018	16 de octubre del 2018	21 de diciembre del 2018	2 meses y 6 días	Expediente administrativo

Para el año 2019 la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** estuvo vinculada mediante las Resoluciones Nos. 007 del 18 de enero y 425 del 19 de junio, como auxiliar administrativa de la rectoría del Conservatorio del Tolima

De acuerdo con lo anterior, se acreditó que la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** estuvo vinculada con el Conservatorio del Tolima mediante siete (7) contratos de prestación de servicios por diferentes lapsos continuos en relación con la ejecución de cada contrato, y con interrupciones entre las suscripciones de unos y otros. Así mismo, que aquellos contratos tuvieron por objeto contractual la prestación de servicios de apoyo a la decanatura de la Facultad de Educación y Artes del Conservatorio del Tolima y que tales actividades consistían en apoyar labores administrativa en la decanatura, recibir y dar trámite a la correspondencia que se radicara, archivar documentación y demás asignadas, y el último de los contratos el Nro. 295 del 6 de octubre del 2018, tuvo como objeto prestar servicios de apoyo para el fortalecimiento de docencia, investigación, extensión y proyección según el convenio Nro. 1842 realizado entre el Conservatorio y la Gobernación del Tolima.

Así, para el Despacho es claro que para el efectivo cumplimiento del objeto contractual, la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** debía prestar el servicio de manera personal. Si bien de acuerdo al objeto contractual su labor consistía en “apoyo” a las actividades administrativas de la decanatura de la Facultad de Artes y Música del Conservatorio del Tolima, lo cierto es que con las declaraciones de los testigos señores Daniela García y Jairo Cardona Marín (carpeta Nro. 32 del expediente digital), que laboraron para la época comprendida entre el 2016 a 2018 en la entidad demandada, se acreditó la permanencia en las instalaciones de la demandante para desarrollar sus funciones, al punto que las testigos señoras Hilda Carolina Giraldo Rubio y Andrea Hernández Guayara (carpeta Nro. 32 del expediente digital), funcionarias de planta del Conservatorio no pudieron desvirtuar tal circunstancia, indicando al respecto que dentro de la entidad se tenía “un espacio” para que la contratista pudiera desempeñar su labor.

Bajo tal egida, está suficientemente acreditado que cada una de las funciones asignadas a la demandante, debían ser realizadas personalmente y al interior de la entidad, más aun si se tiene en cuenta la naturaleza de las labores que desempeñaba consistentes en archivar, radicar correspondencia, recibirla, no sería posible cumplirlas desde casa, ya que son documentos propios de la institución y las funciones exigían de su presencia allí.

De esta manera, está demostrado que se cumplió con este requisito necesario para configurar la relación laboral, al haberse prestado de forma personal el servicio por parte de la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra**.

Dichos medios de prueba indican que la parte demandante prestó de forma personal y directa sus servicios en las instalaciones del Conservatorio del Tolima.

b. Remuneración o contraprestación por los servicios:

De acuerdo con el contenido de los referidos contratos, se acreditó que la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** por la prestación del servicio, ejecución del objeto contractual y/o ejecución de la actividad contratada, recibió una contraprestación económica cuyo pago se pactó mensual, y para la cual debía la actora presentar informes de las actividades realizadas, acreditar el pago a la seguridad social y con base en ello se expedía una resolución en la que se ordenaba el pago tal y como se aprecia en la prueba documental allegada a este proceso dentro del expediente administrativo, así:

Contrato de Prestación de Servicios Nro.	Resoluciones que ordenan pago Nos.
004	0047, 0063, 178, 341, 475, 665 y 781
005	0037, 0094, 230, 554 y 695
007	47, 128, 239, 379, 547, 699, 811, 908 y 1078
167	806, 888, 1068, 1238, 1498 y 1555
192	916, 1073, 1232, 1414 y 1581
295	1242, 1458 y 1581

Debe indicarse que si bien no se aportó prueba de los pagos recibidos por concepto de honorarios o salarios, la parte demandada no controvertió, ni se opuso en relación con la remuneración pactada, por el contrario, dentro de la argumentación que trae, solicita que de accederse a las pretensiones de la demanda, se tomen en cuenta los valores o conceptos cancelados a la actora por la prestación de sus servicios. Así, con relación al elemento remuneración, las órdenes y/o contratos de prestación de servicios aportados, permiten establecer que por la labor prestada, efectivamente era recibida una contraprestación de carácter económico.

c. Subordinación - dependencia continuada - permanencia:

El elemento de la subordinación o dependencia, al igual que los demás, es necesario para configurar la existencia de una relación laboral o de un contrato de trabajo; no obstante, es el elemento fundamental y determinante para diferenciar la existencia de un contrato de trabajo, respecto de uno de prestación de servicios o de cualquier otro.

En efecto, tanto el contrato de prestación de servicios como el contrato de trabajo, comparten dos elementos: la prestación personal del servicio y la contraprestación o remuneración por la actividad contratada; sin embargo, la subordinación es el elemento distintivo y decisivo para establecer a qué tipo de vinculación pertenece. En el contrato de trabajo o relación laboral, la subordinación se refiere a situaciones en las cuales se advierte que se imparten órdenes, o se fijan horarios para la

prestación o ejecución de la labor contratada, la prestación del servicio o la ejecución de la actividad en las instalaciones del *empleador*, el uso de uniformes, entre otros muchos medios orientadores para determinar la subordinación.

En efecto en reciente jurisprudencia, el H. Consejo de Estado dispuso“(…) el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

*Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.”*²²

De acuerdo con los contratos de prestación de servicios aportados al proceso, los referidos contratos tuvieron por objeto “...la prestación de servicios como personal de apoyo a la decanatura (...).”

En ese sentido, la actividad contratada y desarrollada por la parte demandante, así como su obligación principal, fue la de prestar sus servicios en la decanatura de la Facultad de Artes y Música del Conservatorio del Tolima, específicamente consistentes en i. apoyo a las labores administrativas; ii. recibir y dar trámite a la correspondencia que se radique ante decanatura; iii. archivar la documentación y iv. las demás que le fueran asignadas; funciones que por su naturaleza itera este Despacho, debían ser realizadas de manera física dentro de las instalaciones de la entidad, por tratarse de documentación que reposa allí.

Con la declaración de la señora Daniela García, auxiliar administrativa, se tiene que la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** era la secretaria de decanatura, con quien constantemente tenía contacto a pesar de que ambas laboraban en sedes diferentes, pero próximas, ya que según indicó la testigo, la actora le llevaba documentación para la firma o con ella era con quien debían entenderse los funcionarios para radicar documentos u obtener archivos de la decanatura del maestro Sergio, que en ese entonces era el decano de la Facultad de Artes y Música del Conservatorio del Tolima.

Con su versión coincide la del testigo Jairo Cardona Marín, que para la fecha de 2016 a 2018 se desempeñaba como vigilante, quien recordó que la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** fue presentada como la secretaria del decano y que veía a cumplir horario como los demás empleados de planta de lunes a viernes, bajo el entendido que en ese entonces el cumplía sus turnos de día.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia del 6 de mayo de 2021, Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Radicado 50001-23-31-000-2011-00304-01 (2079-2018), Demandante: Eider Orlando del Río Carrillo, Demandada: Empresa Social del Estado (ESE) Hospital Departamental de Villavicencio (Meta), Tema: Contrato realidad.

Ambos testigos coinciden en manifestar que la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** para ausentarse, debía pedir permiso a su jefe que era el señor decano, que el conservatorio le proporcionaba la papelería para realizar sus labores, además debía cumplir sus labores dentro de las instalaciones donde se le veía toda la semana y cumplir horario de 7.30a.m. a 12.30p.m y de 2 a 5 p.m., que la interrupción de sus contratos se daba por el calendario que se maneja en la entidad, al igual que para los empleados de planta.

De acuerdo con las anteriores declaraciones, el Despacho encuentra demostrado que **i.** la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** prestó sus servicios de forma personal y directa, en favor y en las instalaciones de la entidad Conservatorio del Tolima; **ii.** dicha actividad la ejerció desde el año 2016 a 2018; **iii.** para el ejercicio de tal actividad cumplía un horario, por lo general de 8 horas; **iv.** para el ejercicio de la actividad, la entidad demandada le suministró papelería, un espacio en la entidad, un computador; **v.** recibía órdenes, directrices, orientaciones para ejercer su actividad por parte del Decano de la Facultad de Artes y Música del Conservatorio; **v.** para ausentarse de su actividad debía solicitar permiso al decano y **vi.** la actividad que desarrolló, la ejecutó de forma permanente.

El Despacho encuentra en las declaraciones de los señores Daniela García y Jairo Cardona Marín, coherencia, concordancia, univocidad, afinidad, imparcialidad y consonancia frente a la actividad y la forma como ejecutó la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** su labor mientras estuvo vinculada al Conservatorio del Tolima, a las cuales se les dará plena credibilidad y eficacia, dado que no se halla en ellas alguna circunstancia que afecten su credibilidad o imparcialidad como para ser excluidas de su valoración. De hecho, tienen mayor credibilidad en la medida que los declarantes fueron personas que también prestaron sus servicios en favor del Conservatorio para la época en la que la demandante prestó sus servicios.

Frente a las declaraciones de las señoras Hilda Carolina Giraldo Rubio y Andrea Hernández Guayara, no ofrecieron claridad frente a las circunstancias en las que la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** realizó su labor, por el contrario con sus versiones se corroboró que las labores que realizaba la demandante las hacía en un “espacio” de la entidad, con implementos de la entidad y que las funciones para las que fue contratada en los años 2016 a 2018, aún están vigentes, pero han sido redistribuidas en los coordinadores de la facultad, de manera que no se trataba de una labor de “apoyo” o temporal, sino que eran labores propias de la entidad, circunstancias que desdibujan una relación meramente contractual convirtiéndola en una relación laboral.

De la declaración de la testigo señora Lorena Rodríguez, como no estaba en la institución, se destaca la presencia habitual y permanente de la **Melisa Fernanda Bocanegra** en la sede del Conservatorio del Tolima, porque junto a su esposo le prestaban el servicio de transporte y cuidado de su pequeña hija.

Así las cosas, queda desvirtuado que las funciones a cargo de la demandante las realizaba de manera autónoma e independiente, por el contrario debía permanecer en el horario habitual que cumplían los funcionarios de planta dentro de las instalaciones de la entidad demandada.

De la valoración en conjunto de los medios de prueba documental y testimonial evaluados, para el Despacho se cumplen los elementos que configuran una relación laboral, esto es, la subordinación, prestación personal del servicio y la

remuneración; especialmente, que la parte demandante desarrolló de forma dependiente en relación con el empleador la actividad para la cual fue contratada, lo cual descarta una relación de mera coordinación respecto de las obligaciones de los contratos suscritos.

Frente a la diferencia entre el principio de coordinación respecto de los contratos, y el elemento de subordinación *“Se aclara que el principio de coordinación, ínsito en los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel **cumple su contrato con independencia**, sin embargo, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito.*

Diferente es la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, esta 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 le asista ningún tipo de independencia.”²³

Con sustento en lo anterior, la parte demandante se vinculó a la entidad Conservatorio del Tolima, mediante varios contratos de prestación de servicios que se desnaturalizaron, precisamente por la falta de autonomía e independencia del *contratista* para el ejercicio de la actividad por la cual fue contratada, lo cual tiene por consecuencia que ante la permanencia y continuidad, así como la subordinación en su ejecución se configure una verdadera relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

En ese sentido, pese a la validez de los contratos de prestación de servicios como modalidad de contratación, en los eventos que exista un abuso de esta forma jurídica, es posible aplicar, de acreditarse, el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales para desestimarlos.

Es así como, según se expuso en el marco normativo y jurisprudencial, el uso del contrato de prestación de servicios es para la **realización temporal** de actividades inherentes o que necesite la entidad estatal para cumplir sus funciones, por lo que su **duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido**, lo que se opone a la permanencia de la contratación de la actividad, de lo contrario es necesario que la entidad tome las medidas y provisiones pertinentes, consecuentes con el artículo 122 de la Constitución Política, con el propósito que el empleo público haga parte de la planta de personal y se prevea lo correspondiente a su asignación salarial.

De acuerdo con lo anterior, y frente a lo probado en este proceso, los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes de este proceso se desnaturalizaron, por cuanto en su ejecución no medió la autonomía e independencia para la realización de la actividad contratada, sumado al hecho que se extendieron en el tiempo con vocación de permanencia. De hecho, los contratos de prestación de

²³ Ibid.

servicios suscritos por las partes que se aportaron al proceso tienen como plazos de ejecución de 10 a 12 meses.

Ahora bien, corresponde indicar que en reciente sentencia de unificación de jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado²⁴ en relación con el contrato estatal de prestación de servicios, la relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales y aportes al sistema de Seguridad Social en Salud, fijó las siguientes reglas aplicables a los casos en los cuales se analice la existencia de un contrato realidad de la manera que sigue,

“PRIMERO. Unificar la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el sentido de precisar las siguientes reglas en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes:

(i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

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

(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.

(...).”

Frente al primer punto que se está analizando, esto es el de la temporalidad del contrato de prestación de servicios, en la sentencia citada se consideró en relación con la primera regla que “...la Sala unifica el sentido y alcance del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.”²⁵

Para el caso bajo estudio, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente no se superó el término de 30 días hábiles como término de la no solución o interrupción de continuidad, por tanto, entre uno y el siguiente contrato hubo continuidad, lo que permite inferir el carácter de permanencia de la actividad para la que era contratada la demandante.

En relación con la permanencia en la actividad, el Consejo de Estado consideró que “...le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), Sentencia de Unificación por importancia jurídica SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021.

²⁵ Ibid.

demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,²⁶ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. (...).”²⁷

Así, la permanencia de la actividad contratada y que los contratos no se suscribieron para cubrir funciones que no son transitorias, contingentes o eventuales, sino que exigen que el servicio se preste de forma permanente, necesariamente requieren ser atendidas por personal de planta o por otra modalidad de contratación. Por tanto, acreditado que el plazo para la prestación del servicio en cada contrato de trabajo suscrito tuvo vocación de permanencia, cumple con la primera regla fijada por la jurisprudencia, según la cual el concepto de «término estrictamente indispensable», es el señalado en los estudios previos y en el **objeto del contrato**, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, **de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.**

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

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse.”²⁸

En consecuencia, verificada la concurrencia de los elementos configurativos de una verdadera relación laboral con la entidad demandada, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se impone la declaratoria de existencia de un verdadero contrato realidad de naturaleza laboral con el Conservatorio del Tolima, por lo cual habrá lugar a impartir las condenas correspondientes, como se desarrollará a continuación. Como consecuencia de ello, se decretará la nulidad del acto administrativo mediante el cual el Conservatorio del Tolima negó la existencia de una relación laboral entre las partes, previo a declarar no probada la excepción de mérito de i. Coordinación contractual no configura

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, Radicado 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: TARSICIO CÁCERES TORO.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. GERARDO ARENAS MONSLAVE, Radicado 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), providencia del 4 de febrero de 2016.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Radicado Nro. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), sentencia de Unificación por importancia jurídica SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021.

subordinación - inexistencia del vínculo laboral; ii. Cobro de lo no debido - incompatibilidad de emolumentos laborales con la vinculación jurídica de la demandante; iii. Pago o compensación y iv. Buena fe, propuestas por la entidad demandada.

Prescripción – Reconocimiento de prestaciones sociales – pagos al SGSS en salud y pensión.

Respecto del reconocimiento y pago de prestaciones sociales, la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016²⁹, indicó que a título de restablecimiento del derecho procede el reconocimiento de las prestaciones sociales a que haya lugar como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales.

Esa decisión también indicó que quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

Como se probó, la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** desarrolló esta actividad de manera permanente e ininterrumpida bajo la ejecución de varios y sucesivos contratos de prestación de servicios a partir de 26 de enero del 2016 al 21 de diciembre del 2018.

Por tanto, la demandante podía reclamar el pago de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, dentro de los 3 años siguientes contados a partir de la terminación del vínculo contractual y como este finalizó el 21 de diciembre de 2018, luego, la reclamación podría presentarse hasta el 21 de diciembre de 2021; no obstante, la reclamación se presentó el 12 de marzo del 2020, es decir, dentro del término de 3 años señalado en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por tanto, no transcurrió un plazo superior a 3 años para solicitar por vía administrativa el reconocimiento de la relación laboral y por ende el pago de los salarios y prestaciones, interrumpiendo el fenómeno jurídico de la prescripción.

En consecuencia, las prestaciones a que tiene derecho la demandante comprende los periodos transcurridos entre el 26 de enero del 2016 al 21 de diciembre de 2018.

En relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones que pueden incidir al momento de calcularse el monto de la pensión, se indica de una parte que por ser un derecho derivado de la seguridad social es imprescriptible, y de otra, que el Conservatorio del Tolima deberá determinar, mes a mes, si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que les corresponde, entre el 26 de enero del 2016 al 21 de diciembre de 2018, teniendo como ingreso base de cotización (IBC) pensional los honorarios pactados en los contratos.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER, sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, Radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15), Referencia: CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), Tema: Contrato realidad (docente), Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 Nro. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

Para estos efectos, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiere realizado o exista diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Frente a las prestaciones a que tiene derecho, a título de restablecimiento del derecho se reconocerán y pagarán en favor de la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra**, las prestaciones sociales a las que tiene derecho un auxiliar administrativo de la planta de cargos del Conservatorio del Tolima, tomando como base para la liquidación los honorarios pactados en los contratos, entre el 26 de enero del 2016 al 21 de diciembre de 2018, por lo que en tal sentido acerca de la pretensión de nivelación salarial resulta improcedente acceder a su reconocimiento, dado que conforme al criterio jurisprudencial expuesto en el marco normativo y legal de esta providencia, el Honorable Consejo de Estado dejó claro que la liquidación debe realizarse sobre los honorarios pactados en los contratos.

No procede el reconocimiento a su favor de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 por el pago inoportuno del auxilio de cesantías, por cuanto la obligación del pago de cesantías se constituye con esta sentencia.

En el mismo sentido, se niega la pretensión relacionada con la indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, porque los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho; la relación es laboral porque por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidad así se declaró, y porque la finalización de los contratos se dio por una causal objetiva, como lo es el vencimiento del plazo o término pactado.

En tal sentido se declara probada la excepción formulada por la entidad demandada ***Improcedencia de sanción moratoria y nivelación salarial solicitada.***

Pese a estar probados los elementos de la relación laboral, esto no conlleva que la demandante detente la condición de empleada público, porque no existen los elementos de una relación legal y reglamentaria, según el artículo 122 de la Constitución Política.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio del 17 de junio del 2020, expedido por el Rector del Conservatorio del Tolima, por medio del cual se negó la existencia de una relación laboral entre la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** y la entidad demandada, y se declararán no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada que denominó de ***Coordinación contractual no configura subordinación - inexistencia del vínculo laboral; Cobro de lo no debido - incompatibilidad de emolumentos laborales con la vinculación jurídica de la demandante; Pago o compensación y Buena fe***, porque no se configuraron en el proceso.

Indexación.

Las sumas aquí ordenadas serán reajustadas conforme a los ajustes legales y actualizadas, mes por mes, desde la fecha en que se causó el derecho hasta el momento de la sentencia con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de aportes para pensión y prestaciones sociales reconocidas, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Interés Moratorio.

Se reconocerán y pagarán, siempre y cuando concurren los supuestos de hecho prescritos en el artículo 192 del C. del P.A. y de lo C.A.

Condena en costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A., en consonancia con el artículo 365, numeral 1 del C.G. del P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso. En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada y se fijarán como agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante, la suma de \$1.168.849,4 pesos, equivalente al 4% de las pretensiones (Consejo Superior de la Judicatura. Acuerdo PSAA16-10554 de 2016. Artículo 5, numeral 1º), la cual deberá ser incluida en las costas del proceso.

Decisión.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de *Coordinación contractual no configura subordinación - inexistencia del vínculo laboral; Cobro de lo no debido - incompatibilidad de emolumentos laborales con la vinculación jurídica de la demandante; Pago o compensación, Buena fe y prescripción*, propuestas por el Conservatorio del Tolima y declarar probadas las excepciones de *Improcedencia de sanción moratoria y nivelación salarial solicitada*, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio del 17 de junio del 2020, suscrito por el Rector del Conservatorio del Tolima, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: Declarar la existencia de una relación laboral entre la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** como auxiliar administrativo y el Conservatorio del Tolima como empleador por los periodos comprendidos entre el 26 de enero del 2016 al 21 de diciembre de 2018, de conformidad con lo expuesto.

CUARTO: Condenar a título de restablecimiento del derecho al Conservatorio del Tolima, determinar mes a mes, si existe diferencia entre los aportes en pensión que se debió efectuar y los realizados por la contratista **Melisa Fernanda Molina Bocanegra**, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le corresponde como empleador, por los periodos comprendidos entre el 26 de enero del 2016 al 21 de diciembre de 2018, que tuvo vigencia la relación laboral, teniendo como ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante los honorarios pactados en los contratos, de conformidad con lo expuesto.

Para estos efectos, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiere realizado o exista diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

QUINTO: Condenar a título de restablecimiento del derecho al Conservatorio del Tolima a reconocer y pagar en favor de la señora **Melisa Fernanda Molina Bocanegra** las prestaciones sociales a las que tiene derecho un auxiliar administrativo de la planta de cargos del Conservatorio del Tolima, tomando como base para la liquidación los honorarios pactados en los contratos, por los periodos comprendidos entre el 26 de enero del 2016 al 21 de diciembre de 2018, de conformidad con lo expuesto.

SEXTO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C. del P.A. y de lo C.A.; igualmente los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto.

OCTAVO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante la suma de \$1.168.849,4 pesos.

NOVENO: Ordenar la devolución de los remanentes que por gastos procesales consignó la parte demandante, si los hubiere.

DÉCIMO: En firme esta sentencia, archívese el expediente.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase³⁰

El juez,


José David Murillo Garcés

MAIL.

³⁰ **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.