



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**

**JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Juez, Doctora MARÍA TERESA LEYES BONILLA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA N° 103 de 2020

Expediente: **11001-33-35-023-2017-00427-00**
Demandante: **JOSE ALEJANDRO FORERO CUELLAR**
Demandado: **ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA – SECRETARIA
DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA EN
CALIDAD DE SUCESORA PROCESAL DEL FONDO DE
VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA EN LIQUIDACION**

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el **JUZGADO 23 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

1. ANTECEDENTES

El señor **JOSE ALEJANDRO FORERO CUELLAR**, actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, presentó demanda tendiente a que se declare la nulidad del Oficio No. E-00007-201701735-FVS del 31 de agosto de 2017.

Que como consecuencia de ello, se declare que existió una verdadera relación laboral, entre él y el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá en liquidación desde el 10 de febrero de 2009 hasta el 11 de febrero de 2015 y que se reconozca y paguen las acreencias laborales causadas a su favor.

2. HECHOS DE LA DEMANDA

Las partes están de acuerdo en la existencia de los siguientes hechos que están demostrados con documentos aportados por la parte demandante, expedidos por la entidad demandada y que no fueron tachados de falsos:

1.-) El señor **JOSE ALEJANDRO FORERO CUELLAR** suscribió contratos de prestación de servicios con el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, desde el 10 de febrero de 2009 hasta el 11 de febrero de 2015. (fl. 96-97)

2.-) El 28 de agosto de 2017, el demandante interpuso derecho de petición ante el Fondo de Vigilancia y Seguridad Social de Bogotá, solicitando que se declarara la existencia de una relación laboral entre él y esa entidad y se le reconocieran y pagaran los salarios y demás emolumentos a que hubiere lugar. (fl. 3-5)

3.-) La Gerente del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá D.C. en liquidación, expidió el oficio No. E-00007-201701735-FVS del 31 de agosto de 2017 –acto acusado–, negando las pretensiones del demandante. (fl. 7-8)

4.-) Se tienen en cuenta la documental allegada con la demanda.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

Violación de normas constitucionales: artículo 2, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128.

Violación de normas legales:

Código Civil, Código Sustantivo del Trabajo, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1750 de 2003, Decreto 4171 de 2009, ley 80 de 1993 y demás normas concordantes.

La parte accionante manifiesta como concepto de violación que la entidad demandada al expedir el acto administrativo acusado y no reconocer las prestaciones laborales y sociales al demandante, transgrede normas de carácter legal y constitucional, menoscabando y desconociendo sus derechos. Argumenta que con ese proceder, la entidad demandada no reconoce los convenios internacionales ratificados por Colombia a lo largo de su historia, así como los derechos adquiridos.

Que en este caso, la administración abusó de su competencia discrecional al negar los derechos del demandante, pues la actividad pública debe acatar rigurosamente la Constitución Política y la ley, de donde resulta la responsabilidad de las autoridades cuando hay desconocimiento o pretermisión de tales exigencias y al darse una contratación desviada que vulnera sus derechos laborales, se denota la mala fe de la entidad demandada.

4. OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR EL FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA EN LIQUIDACION

El apoderado de la entidad allegó contestación mediante la cual manifestó que las relaciones, obligaciones y derechos del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá con el demandante, están regulados para todos los efectos, por los contratos de prestación de servicios administrativos celebrados.

Que el contratista independiente, en ejercicio de sus propias libertades, se obligó a prestar los servicios, conservando su autonomía en las gestiones o actividades encomendadas y por ello, en cada uno de los contratos, en forma expresa se pactó el régimen contractual a que estaba sometida la relación jurídica con la entidad que representa y allí se determinó que la única obligación pecuniaria a cargo del Fondo para con el demandante fue el valor que en dichos contratos se fijó.

Que hoy, después de prestados los servicios, de ejecutados los contratos, de expirados los plazos para cumplir las obligaciones, la administración jurídicamente no puede modificar las condiciones contractuales expresamente pactadas.

Que el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá fue un establecimiento público del orden distrital, adscrita a la Secretaría de Gobierno, creado por Acuerdo No. 28 de 1982 del Concejo de Bogotá y que solo mediante Acuerdo 257 de 2006, también expedido por el Concejo de Bogotá, se autorizó la creación de la Planta de Personal del Fondo.

Que para lograr el cumplimiento adecuado y oportuno de todas las funciones asignadas al Fondo y teniendo en cuenta que la Gerencia no podía atender todas las actividades del Fondo directamente, se requería contratar el recurso humano necesario en las diferentes dependencias del Fondo de conformidad con lo preceptuado en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002.

Que esa situación no se presentó en el caso del demandante, por cuanto sus obligaciones contractuales fueron reguladas para apoyar el proyecto 383, en la recepción y asignación de llamadas de la línea 123, conforme a las actividades relacionadas, bajo la dirección de la Policía Metropolitana de Bogotá, institución que pidió dicho apoyo al Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, con fundamento en el Acuerdo No. 028 de 1992 del Concejo de Bogotá. De esa manera, refiere que las obligaciones contractuales desplegadas por el demandante y los reportes de la ejecución del contrato de prestación de servicios, se constituyeron en un apoyo externo a la Policía Metropolitana y no al Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá.

5. OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR LA SECRETARIA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA

El apoderado de la entidad allegó contestación dentro del término, manifestando que se opone a las pretensiones de la demanda, por cuanto esa entidad no fue parte, ni le fueron subrogados los contratos suscritos entre el demandante y el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá en liquidación. Que, culminada la liquidación del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, la entidad que representa asumirá la totalidad de los

procesos judiciales y reclamaciones en que fuere parte dicha entidad, al igual que las obligaciones que de éstos se derivan.

6. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos el **27 de noviembre de 2017** (folio 117). Posteriormente, fue admitida el **12 de febrero de 2018** (folio 127) y notificada a la entidad demanda el **06 de marzo de 2018** (folio 130). La entidad accionada allegó contestación a la demanda dentro del término legal el **31 de mayo de 2018** (folios 176-181), proponiendo excepciones la cuales fueron fijadas en lista el **07 de junio de 2018** (folio 222). El día **28 de febrero de 2019**, se llevó a cabo la audiencia inicial de conformidad con el artículo 180 del C.P.A.C.A., (folio 267 a 272), decretándose unas pruebas a petición de parte y otras de oficio. Una vez allegadas todas las pruebas se procedió a correr traslado para alegar de conclusión el **10 de julio de 2020**.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** allegó alegatos de conclusión dentro del término, ratificándose en los argumentos y fundamentos de derecho expuestos en la demanda y solicita al despacho que se dé aplicación al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, teniendo en cuenta los hechos probados en el curso del proceso, que dan cuenta de los tres elementos esenciales en la relación laboral con la entidad demandada.

El apoderado de la **SECRETARIA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA**, allegó sus alegatos de conclusión dentro del término, manifestando que, dentro del proceso de la referencia se probó que el demandante ejecutó varios contratos de prestación de servicios, todos suscritos y desarrollados de conformidad con la legislación vigente, es decir, de conformidad con la Ley 80 de 1993 y sus decretos complementarios, ejerciendo sus propias libertades y prestando sus servicios, conservando su autonomía en las gestiones o actividades encomendadas. Por ello, en forma expresa se pactó en cada uno de los contratos el régimen contractual al que estaba sometida la relación jurídica con el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá y en los mismos se determinó que el valor pactado era la única obligación pecuniaria a cargo del Fondo para con el demandante. Solicitó al despacho no acceder a las pretensiones de la demanda.

El Ministerio Público no allegó alegatos de conclusión.

8. CONSIDERACIONES

8.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolver el Despacho, es determinar si al demandante le asiste el derecho o no a que se declare la existencia de un vínculo laboral entre él y el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá en liquidación desde el 10 de febrero de 2009 hasta el 11 de febrero de 2015 y que se reconozca y paguen las acreencias laborales causadas a su favor.

Para resolverlo se tendrán en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

8.2. LAS NORMAS APLICABLES AL CASO, INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA

8.2.1. DEL EMPLEO PUBLICO

Los artículos 122 y 125 de la Constitución Política de 1991, contemplan la función pública, así:

***“ARTICULO 122.** No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1)*

***ARTICULO 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)*

La noción de empleo se encuentra prevista en el artículo 2 del Decreto 770 de 2005, que derogó el artículo 2 del Decreto 1042 de 1978 (lo concluyó la Corte Constitucional en la Sentencia C-422 de 2012), en el que se definió el empleo como *“el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.”*

El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 señaló que:

***“ARTÍCULO 7.** Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en*

cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.

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

Así mismo, la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en materia de empleo público consagra:

“ARTICULO 19. EL EMPLEO PÚBLICO.

- 1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*
- 2. El diseño de cada empleo debe contener:*
 - a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*
 - b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*
 - c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales (...).”*

En cuanto a los empleos de las entidades territoriales el artículo 2 del Decreto 1569 de 1998 “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998” dispone:

“ARTÍCULO 2. DE LA NOCIÓN DE EMPLEO. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las autoridades competentes para crearlos, con sujeción a los generales determinados en el presente Decreto.”

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el numeral 29 del artículo 48 como falta gravísima:

“ARTICULO 48 (...)

29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.”

De lo anterior se extrae que el ordenamiento jurídico consagró no sólo 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 sanciona al servidor que utilice en indebida forma los contratos de prestación de servicios.

8.2.1.1. Los contratos de prestación de servicio.

El contrato de prestación de servicios se encuentra previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así:

“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.”

A su turno el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 *“Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”*, vigente desde el 15 de agosto de 2013, dispuso:

“ARTÍCULO 60. CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD. *La entidad estatal que requiera la prestación de servicios de salud debe utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces.*

ARTÍCULO 81. CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN, O PARA LA

EJECUCIÓN DE TRABAJOS ARTÍSTICOS QUE SOLO PUEDEN ENCOMENDARSE A DETERMINADAS PERSONAS NATURALES. Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.” (Subrayas del Juzgado)

De conformidad con lo anterior, este tipo de contratos, puede ser prestado por personas naturales o jurídicas para cumplir actividades que no puedan ser desarrolladas por el personal de planta, diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal y los trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; no genera relación laboral, es decir no da lugar al pago de prestaciones sociales y se entiende que se cumple con independencia y autonomía, bajo las reglas pactadas y por el tiempo de duración estipulado.

8.2.2. DEL CONTRATO REALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Corte Constitucional¹ al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 de la Ley 80 de 1993, señaló las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, y la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, cuando bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicio se esconde en realidad una relación de carácter laboral, así:

¹ Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997- M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

“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. (...)

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

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

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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

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

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

Por su parte el Consejo de Estado² respecto de contrato de prestación de servicios y el principio de la realidad sobre las formalidades establecidas, también ha sostenido:

“(…) el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarlas, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

² Consejo de Estado Sección Segunda C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- 15 de junio de 2011-Rad: 25000-23-25-000-2007-00395-01 (1129-10)

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, 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. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.” (Subraya el Juzgado)

En palabras del Consejo de Estado³:

“(…) el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica otorgar la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado, pues para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la ley.”

Esta posición ha sido reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 16 de febrero de 2012, expediente No. 41001-23-31-000-2001-00050-01

³ Sentencia del 27 de octubre de 2011 SCA, Sección Segunda, Subsección “A”; Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación Número: 25000-23-25-000-2008-00070-01(1796-10), Actor: Miguel Antonio Parroquiano García.

(1187-11) (C.P. Gerardo Arenas Monsalve), y del 2 de mayo de 2013, radicación número: 05001-23-31-000-2004-03742-01(2027-12) (Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón).

Adicionalmente, el Consejo de Estado en reciente sentencia del 13 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13) (C.P. Alfonso Vargas Rincón (E), expuso que pese a que se haya realizado una vinculación bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, si el demandante logra demostrar el elemento de subordinación o dependencia, tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales. Textualmente dijo:

“Así mismo, aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (artículo 53 Constitución Política).

El anterior criterio ha sido sostenido por esta Corporación⁴ en los siguientes términos, insistiendo en la importancia de la subordinación:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público (...)”

Por lo anterior, en cada caso deben revisarse las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de establecer la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes.

⁴ Expediente 0245-2003, citado en la sentencia del 13 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13) (C.P. Alfonso Vargas Rincón (E).

9. CASO CONCRETO

El señor **JOSE ALEJANDRO FORERO CUELLAR** solicita que se declare que existió una relación de naturaleza laboral al ejecutar los diversos contratos de prestación de servicios que suscribió con el **FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA EN LIQUIDACION**, desempeñándose como **CAPACITADOR O INSTRUCTOR** y por consiguiente que dicha entidad le reconozca y pague las acreencias laborales causadas desde el **10 de febrero de 2009** hasta el **11 de febrero de 2015**.

Se procederá entonces a establecer si en este caso se cumplieron los requisitos del contrato realidad, esto es: i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración y iii) la subordinación o dependencia, pese a que la vinculación se hizo a modo de contratos de prestación de servicios.

9.1. DE LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO:

De acuerdo con las pruebas aportadas e incorporadas al expediente, se demuestra que el señor **JOSE ALEJANDRO FORERO CUELLAR** prestó en forma personal sus servicios para **apoyar la gestión del Fondo de Vigilancia y Seguridad para la capacitación en el Número Único de Seguridad y Emergencias NUSE 123**, en desarrollo de múltiples contratos de prestación de servicios suscritos con el **FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA D.C.** Este aspecto no lo discuten las partes.

Además de la lectura de los contratos de prestación que obran en el expediente, se lee claramente que el objeto de los mismos y las obligaciones del contratista, fueron:

“(…) CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO. PRESTAR SERVICIOS DE APOYO A LA GESTION DEL FVS PARA LA CAPACITACION EN EL NÚMERO UNICO DE SEGURIDAD Y EMERGENCIAS NUSE 123.

(…)

CLÁUSULA QUINTA – OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA-1) *Apoyar las capacitaciones e instrucciones brindadas tanto al personal operativo de la Sala Unificada de Recepción S.U.R., como a las agencias adscritas al sistema NUSE 123, con base en el temario establecido para cada uno de los roles. 2) Contribuir al logro de las metas del sistema NUSE 123 apoyando la planeación, implementación y evaluación de métodos para promover y dar a conocer todas las herramientas teórico-prácticas que se requieren para desempeñarse como operador de recepción. 3) Verificar y explotar habilidades y conocimientos en los operadores de recepción a través de evaluaciones teóricas y prácticas y con el fin de desarrollar modelos de capacitación que mejoren la calidad del servicio. 4) Apoyar el desarrollo de métodos prácticos para divulgar de manera efectiva*

los principales objetivos y metas del Sistema NUSE123. 5) Apoyar el afianzamiento de los conocimientos de la herramienta tecnológica de telefonía de los operadores de recepción, teniendo en cuenta el sistema GAMA. 6) Aclarar y reforzar los conceptos elementales y la funcionalidad de la herramienta PROCAD en los operadores de recepción, con el fin de optimizar este recurso en la captura y envío de los datos a cada una de las agencias. 7) Aclarar y reforzar en los operadores de recepción de cada uno de los protocolos (guía de tipificación) establecido para el trámite de los incidentes. 8) Dar a conocer a los operadores de recepción los nuevos conceptos que sean concertados con las agencias en el trámite de incidentes puntuales. 9) Despejar las dudas que se presenten en cuanto al procedimiento de los incidentes duplicados y su respectivo filtro desde la Sala Unificada de Recepción – S.U.R. 10) Apoyar la disminución de los incidentes mal gestionados hacia las agencias mediante la capacitación. 11) Compartir habilidades en el servicio al ciudadano. 12) Proponer talleres y métodos para disminuir las llamadas broma, concientizando sobre las consecuencias negativas que éstas generan en el servicio de la línea de seguridad y emergencias. (...)"

De igual manera, al escuchar los testimonios recolectados en la audiencia de pruebas celebrada el 28 de marzo de 2019, los testigos señalaron que para desarrollar el objeto contractual el demandante debía cumplir un horario. Textualmente la testigo **INGRID JOHANA ALARCON MUÑOZ** expresó:

*"(...) **PREGUNTADO:** Señora Ingrid informe usted a este Despacho si le consta el señor Alejandro tenía que cumplir algún tipo de horario exigido por la entidad **CONTESTÓ:** Claro que si, la entidad daba una malla de turnos que era un horario como tal que tenía que desempeñar cada uno de nosotros y se rotaban de acuerdo a la política que se tenía pues para garantizar que todo el tiempo estuviera cubierta la recepción de llamadas de la línea 123, entonces había una planilla, habían unas planillas y una información como tal que determinaba cuántos operadores estaban en esa malla de turnos y de qué manera tenían que rotar entonces de acuerdo al turno como tal en ese momento estaba ya establecido por la entidad esa malla de turnos, entonces si tenía que cumplirse un horario. El horario era estricto si era de dos a seis, era de dos a seis y rotaba en la noche. Era una política de la entidad el horario. **PREGUNTADO:** Puede usted informar a este despacho si lo recuerda, qué tipo de horario existían en la entidad **RESPUESTA:** En ese momento existían turnos de seis a doce del día, de doce y media a una a seis de la tarde, de seis de la tarde a doce de la noche, de doce de la noche a seis de la mañana, esos eran los turnos. **PREGUNTADO:** Puede usted informar a este Despacho si el señor Jose Alejandro tenía que ausentarse de*

su labor por una cuestión personal, por una situación personal, él tenía que realizar algún tipo de trámite solicitando permiso a la entidad. **CONTESTÓ:** Si señora, cada uno de nosotros en algún momento que tuviera que pedir algún permiso para ausentarse que no pudiera cumplir como tal en el turno, pasaba una solicitud de permiso y tenía que reponer posteriormente el tiempo (...) para todos los operadores y para todos los operadores recepcionistas, supervisores de sala era la misma dinámica. **PREGUNTADO:** Usted manifestaba que los horarios eran impuestos por la entidad, usted puede informar a este Despacho de qué manera la entidad realizaba el control del cumplimiento de este horario **CONTESTÓ:** A través de los supervisores de turno que era como la cabeza que estaba pues debajo del coordinador del número único de emergencias, del coordinador de sala. Había una labor de los supervisores (...) y era un reporte formal que uno le pasaba al jefe de ese momento que decía quién no asistió, si había un previo formato de permiso, una previa información de que haya tenido esa autorización por parte de la entidad o si no. **PREGUNTADO:** Puede usted informar al despacho si había algún tipo de sanción por el no cumplimiento de este horario **CONTESTÓ:** Si, habían llamados de atención cada vez que la persona no cumplía, los llamados de atención verbales por parte de los supervisores de turno y de sala y en algunas ocasiones también recuerdo como tal, si se repetían, si eran más de tres teníamos en el reglamento, si eran más de tres eran llamados de atención escritos.

Por su parte, al rendir su testimonio, el señor **MICHEL ALEXANDER RODRIGUEZ LEAL** expresó:

“(…) **PREGUNTADO:** Puede usted informar a este despacho si el señor José Alejandro tenía que cumplir algún tipo de horario con la entidad para el desarrollo de su labor **CONTESTÓ:** Claro que si, él tenía horario de oficina de 8 a 5 y allí pues eran las jornadas de capacitación y él pues hacía sus labores.

El testigo **IVAN SANTIAGO ARANZA FORERO** al indagarlo sobre este tópico, contestó de la siguiente manera:

PREGUNTADO: Usted informaba en preguntas anteriores que se cumplía un horario de 8 a 5, ese horario quién lo controlaba y de qué manera lo controlaba. **CONTESTÓ:** si claro, ese lo controlaba directamente el jefe de capacitación pero normalmente en general, el coordinador general y teníamos una tarjeta, entonces al ingreso pues uno la timbraba, miraban o colocaban la hora de ingreso y a la salida pues la salida en la portería.

9.2. DE LA REMUNERACIÓN

En los diversos contratos de prestación de servicios visibles a folios **9 a 80** del expediente, se verifica que la entidad le fijó al señor **JOSE ALEJANDRO FORERO CUELLAR** una retribución por sus servicios, que recibía mensualmente de parte del **FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA** quedando expresado en los contratos de la siguiente manera:

***“CUARTA – FORMA DE PAGO:** El Fondo cancelará con cargo a la disponibilidad presupuestal constituida para tal efecto, el valor del presente contrato de la siguiente forma: Por cada mes de prestación del servicio de apoyo la suma de UN MILLON NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MENSUALES (\$1.950.000) MONEDA LEGAL COLOMBIANA, El último pago quedará sujeto al recibo a satisfacción del informe final y suscripción del acta de liquidación. (...).”*

Al ser interrogada INGRID JOHANNA ALARCON MUÑOZ, manifestó lo siguiente:

***PREGUNTADO:** Puede usted informar a este despacho, si le consta, cómo eran los pagos recibidos por la labor que realizaba el señor José Alejandro Forero **CONTESTÓ:** Era por consignación independiente a cada una de las personas. La entidad tenía las cuentas de cada uno de nosotros y se hacía el pago directamente a cada cuenta personal. **PREGUNTADO:** Con qué periodicidad realizaban estos pagos **CONTESTÓ:** Mensual.*

9.3. DE LA SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA

Este es, en últimas, el requisito que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral.

En caso *sub examine* se comprobó que pese a haberse formalizado la vinculación del demandante a través de contratos de prestación de servicios, a la hora de ejecutarlos existió subordinación a la entidad como si se tratara de una relación laboral, pues el demandante debía recibir y cumplir órdenes impartidas por superiores, cumplir horario, pedir permisos igual que los empleados y compañeros de planta de la entidad, es decir, que los contratos se desarrollaron sin la autonomía legal propia de un contratista.

Así, con los testimonios recaudados se puso en evidencia que el señor **JOSE ALEJANDRO FORERO CUELLAR** tenía que cumplir horario de trabajo, en los cuales prestaba sus servicios, al igual que los empleados de planta. Igualmente se pone de presente que el accionante cumplía las órdenes impuestas por su jefe inmediato, pudiéndose entonces verificar que el demandante se encontraba subordinado

plenamente a las instrucciones impartidas por los superiores de la entidad demandada, en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo.

Al respecto, en el testimonio recaudado a la señora **INGRID JOHANA ALARCON MUÑOZ**, textualmente indicó:

***“PREGUNTADO:** Puede usted informar al Despacho si el señor José Alejandro Forero tenía un jefe inmediato **CONTESTÓ:** Dentro de la estructura el jefe inmediato era el supervisor, los supervisores de sala pero el jefe como tal era el coordinador de la sala unificada de recepción que disponía la entidad.”*

El señor **MICHEL ALEXANDER RODRIGUEZ LEAL**, dijo lo siguiente:

***“PREGUNTADO:** Puede usted informar a este despacho si le consta, el señor José Alejandro Forero durante el tiempo que ustedes compartieron en la entidad, él tenía algún jefe inmediato **CONTESTÓ:** Si, claro que si, el nombre de la persona no lo recuerdo pero él si tenía un jefe inmediato. Hacían reuniones en la oficina, de hecho vi cuando algunas veces pedían permiso para hacer algún tipo de labores o algo así, ellos tenían que tramitar el debido permiso con el jefe (...).”*

El testigo **IVAN SANTIAGO ARANZA FORERO** al indagarlo sobre este tópico, contestó de la siguiente manera:

***“(…) PREGUNTADO:** Sabe usted si el señor José Alejandro Forero tenía un jefe inmediato **CONTESTÓ:** Si claro, nosotros teníamos, desde que yo pasé al área de capacitación, inclusive en recepción a los tres meses teníamos al supervisor de estación, al supervisor que era como un jefe, al supervisor de turno que era como un jefe con mayor rango, cuando pasé al área de capacitación, teníamos, a parte de la coordinación general, del coordinador general, ellos tenían un líder de capacitación (...) puedo nombrar a Pedro Manuel, puedo llamar a Yesenia Escobar, a Harvey Bustos, eh no, teníamos varios jefes. **PREGUNTADO:** Puede usted informar a este Despacho si la labor que desarrollaba el señor Jose Alejandro Forero estaba bajo la imposición de normas, protocolos, órdenes impartidas por la entidad **CONTESTÓ:** Si claro, normalmente el líder de capacitación nos indicaba a qué agencia teníamos que capacitar. Los horarios establecidos eran de ocho horas, inclusive a veces se alargaban hasta los sábados dependiendo la cantidad de personal. (...) **PREGUNTADO:** Puede usted informar al Despacho si el señor Jose Alejandro Forero necesitaba ausentarse de su labor para alguna cuestión personal, él tenía que realizar algún tipo de*

trámite **CONTESTÓ**: Claro si señora, primero tenía que pedirle permiso al líder de turno, ya fuera Yesenia o el que estuviera. O sea al que designaran al que estuviera de jefe de capacitación tenían que informarse y después tratar de reponer (...)

Respecto de las funciones desempeñadas por el demandante, con anterioridad vimos las que estaban plasmadas en los contratos de prestación de servicios suscritos entre él y la entidad demandada, sin embargo, este Despacho al tratar de verificar si la regulación prevista para el personal de planta también gobernó al señor **JOSE ALEJANDRO FORERO CUELLAR**, advierte que, de conformidad con lo manifestado por el apoderado del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá en la contestación de la demanda, dicha entidad no contaba, en principio, con personal de planta. Veamos:

“(...) 1° Entre el 31 de Diciembre de 1997 y el 27 de Diciembre de 2001, rigió en el FVS las resoluciones 147 y 148 del 31 de diciembre de 1997, expedidas por la Gerencia del FVS; la primera asignó por nivel, área y cargos las diferentes funciones y la segunda implementó el sistema organizacional de la entidad con una estructura lineal jerarquizada. Entre 1999 y 2001 existía estructura organizacional, pero no existía planta de personal y en consecuencia tampoco existía escala salarial, ya que las funciones asignadas a los cargos dispuestos en la resolución No. 147 de 1997, nunca fueron ocupadas por servidor público alguno ante la falta de planta de personal y escala salarial.

2° Mediante resolución No 12 del 28 de diciembre de 2001 se estableció una nueva estructura organizacional y funcional por áreas del FVS, la cual derogó expresamente las resoluciones 147 y 148 del 31 de diciembre de 1997 expedidas por la Gerencia del FVS, donde tampoco existía planta de personal ni escala salarial.

3° Mediante resolución No 001 del 27 de abril de 2005 la Junta Directiva del FVS, estableció la estructura Organizacional y la Funcional del FVS, pero sin planta de personal.

4° La Resolución No 001 del 27 de abril de 2005 de la Junta Directiva del FVS fue derogada tácitamente por el Acuerdo No 003 del 26 de marzo de 2006.

5° El Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá solo tuvo planta de personal y escala salarial a partir del 26 de marzo de 2007 y, solo el cargo del Gerente correspondía a la planta de personal de la Secretaría de Gobierno y era ejercido directamente en ésta Entidad.

6° Mediante el acuerdo 004 del 26 de marzo de 2007 se estableció por primera vez una planta de personal conformada por solo 27 empleados.

7° Posteriormente se efectuó una adición a la planta de personal del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá (...)

Efectivamente, al revisar este Despacho el Acuerdo 004 del 26 de marzo de 2007, expedido por la Junta Directiva Del Fondo De Vigilancia Y Seguridad de Bogotá D.C., en ejercicio de las facultades que le confiere el literal f, del artículo 6° del Acuerdo 28 de 1992 y el parágrafo 2, artículo 52 del Acuerdo 257 de 2006, en su artículo 1° creó la siguiente planta de personal:

DENOMINACION DEL EMPLEO	CODIGO	GRADO	Nº CARGOS
DESPACHO DEL GERENTE			
Gerente General de Entidad Descentralizada	050	02	Uno (1)
Asesor	105	01	Dos (2)
PLANTA GLOBAL			
NIVEL DIRECTIVO			
Subgerente General de Entidad Descentralizada	084	01	Dos (2)
NIVEL ASESOR			
Jefe Oficina Asesora de Planeación	115	02	Uno (1)
Jefe Oficina Asesora de Jurídica	115	02	Uno (1)
NIVEL PROFESIONAL			
Profesional Especializado	222	02	Siete (7)
Tesorero General	201	02	Uno (1)
Almacenista General	215	01	Uno (1)
Profesional Universitario	219	01	Once (11)
TOTAL DE CARGOS			Veintisiete (27)

De lo anterior, observa el Despacho que el cargo de CAPACITADOR o INSTRUCTOR ejercido por el demandante no existía dentro de la planta de la entidad y así lo aseguraron los testigos al ser interrogados.

La señora **INGRID JOHANA ALARCON MUÑOZ** dijo “**PREGUNTADO:** Puede usted informar a este despacho si le consta si existía personal de planta con las mismas funciones que realizaba el señor José Alejandro Forero **CONTESTÓ:** En la etapa que yo estuve no lo recuerdo la verdad, pero la expectativa como tal que teníamos cada una de las personas que ingresamos a hacer parte del equipo del número único de emergencias era que íbamos a ser contratados de planta por la entidad sino que como era un tema de transición de cinco agencias como tal a un número único de

emergencias, tenía que tener un tiempo para adecuación y demás pero la expectativa con la que nos contrataron a todos inicialmente era que íbamos a ser contratados por la entidad de manera oficial con un contrato directo, un contrato de planta. (...).”

El señor **MICHEL ALEXANDER RODRIGUEZ LEAL**, se pronunció de la siguiente manera: “(...) **PREGUNTADO**. Usted puede informar si dentro de la entidad existía personal de planta con las mismas funciones que realizaba el señor José Alejandro. **CONTESTÓ**: En el momento que yo estuve no. NO había personal de planta. (...)”

Y el señor **IVÁN SANTIAGO ARANZA FORERO** dijo: “(...) **PREGUNTADO**: Señor Iván puede usted informar al Despacho si existía personal de planta con las labores que ustedes realizaban **CONTESTÓ**: Cuando yo salí en el 2016 en febrero si llegaron dos personas con contrato a término indefinido, o sea de planta, cuando yo estuve, cuando Alejandro no porque él salió un año antes, pues eso es lo que tengo entendido pero yo compartí con dos instructores, incluso yo fui el que hizo las obligaciones de esas personas que iban a ser capacitadores. **PREGUNTADO**: Puede usted decir al Despacho si existían diferencias entre estos capacitadores de planta y ustedes **CONTESTÓ**: Lo único era que ellos eran de planta y nosotros de prestación de servicio pero nosotros dimos instrucción a esas personas (...) El horario era el mismo, la misma capacitación, el mismo entrenamiento, los mismos horarios.(...)”

Ahora bien, en el Acuerdo 003 del 26 de marzo de 2007, “Por el cual se determina el objeto, la estructura organizacional y las funciones del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C., -FVS- y se dictan otras disposiciones”, se establecieron en los artículos 1° y 2°, el objeto y funciones de dicha entidad respectivamente, así:

“ARTÍCULO 1°. OBJETO. Con cargo a los recursos del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C., -FVS- se adquirirán bienes y servicios que las autoridades competentes requieran para garantizar la seguridad y la protección de todos los habitantes del Distrito Capital.

ARTÍCULO 2°. FUNCIONES. El Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.C., -FVS-, tendrá las siguientes funciones básicas:

1. Adquirir, construir o tomar en arrendamiento, remodelar, mantener y proveer lo indispensable para la adecuada dotación de edificios para estaciones, subestaciones, comandos de atención inmediata escuelas de formación y capacitación, laboratorios, unidades de policía Judicial y salas de detención de la Policía Metropolitana de Bogotá;
2. Adquirir los equipos de transporte, comunicaciones, salvamento, sistematización y los que técnicamente se consideren indispensables para el buen funcionamiento de la Policía Metropolitana en la prestación de los servicios de vigilancia, prevención, información, Policía Judicial y atención de emergencias a la población del Distrito Capital;

3. Financiar las campañas que ordene el Alcalde y apruebe la Junta Directiva, para garantizar la participación de la comunidad en la conservación de la tranquilidad ciudadana, prevención del delito y colaboración para una eficaz y oportuna administración de Justicia;

4. Contratar el mantenimiento, reparación o renovación de los equipos y elementos adquiridos por el Fondo y los que sean indispensables para su adecuado funcionamiento;

5. Administrar directamente, o través de fideicomisos bancarios, los recursos propios y los Fondos entregados por particulares y destinados, por voluntad de los donantes, a vigilancia, prevención, seguridad o colaboración para la buena administración de justicia en Bogotá, D.C.;

6. Negociar empréstitos, celebrar contratos y realizar las demás operaciones propias de las personas jurídicas de derecho Público, para el logro de los objetivos y cumplimiento de las funciones del Fondo;

7. Todas aquellas que se le atribuyan por las disposiciones legales vigentes.

8. Las demás afines o complementarias con las anteriores, debidamente autorizadas por la Junta Directiva.”

De ello se infiere que, el demandante ejerció funciones inherentes a la entidad, puesto que a pesar de no existir en dicha planta de personal un cargo relativo a **CAPACITADOR O INSTRUCTOR** que era el que desempeñaba el señor **JOSE ALEJANDRO FORERO CUELLAR**, pues de los contratos por él suscritos se desprende que su función era, entre otras, impartir instrucción y capacitación a los operadores de recepción de la Sala Unificada de Recepción S.U.R. de la entidad, como a las agencias adscritas al sistema NUSE 123, apoyando la planeación, implementación y evaluación de métodos para promover y dar a conocer todas las herramientas teórico – prácticas que se requieren para desempeñarse como operador de recepción, por un espacio de tiempo superior a **6 años**, comprendidos entre el **10 de febrero de 2009 y el 11 de febrero de 2015**, por lo tanto, es evidente que se trata del cumplimiento, en forma permanente, de funciones que le eran propias a la entidad demandada -hoy en liquidación- que como tal, no podían ser ejercidas de manera autónoma e independiente por el contratista, sino que debían cumplirse con sujeción a los precisos términos indicados por la entidad, bajo los parámetros, planes, programas y proyectos establecidos para el buen funcionamiento en la prestación de los servicios a la Policía Metropolitana de Bogotá, tendientes a la vigilancia, prevención, información y atención de emergencias a la población del Distrito Capital; cumpliendo los horarios establecidos por la entidad y utilizando para el desarrollo de las mismas, los bienes y elementos suministrados por el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá.

En ese orden de ideas, para el Despacho es claro que las actividades encomendadas al demandante no eran ocasionales, accidentales o transitorias, ya que la labor por él desarrollada y contratada por la entidad, contradicen el carácter temporal propio de este tipo de acuerdo. Debe recordarse que la modalidad contractual de prestación de

servicios se encuentra justificada como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

Dicho lo anterior y aunque en el proceso de la referencia no se acreditó que durante el tiempo en que el señor **JOSE ALEJANDRO FORERO CUELLAR** estuvo ejerciendo labores en el **Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá**, existieran cargos similares dentro de la planta de personal de la entidad para el desarrollo de las actividades contratadas, dicha situación no exonera de responsabilidad a la entidad demandada toda vez que por tratarse de actividades inherentes al objeto de la entidad que debían ser desarrolladas de forma permanente y subordinada, no podían ser contratadas con terceros, al tenor del artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 que prohíbe la contratación de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, caso en el cual debieron crearse los empleos correspondientes para atender con personal de planta las funciones propias y permanentes de la entidad.

Dicho en otras palabras, se desvirtuó la transitoriedad de las funciones desempeñadas por el demandante, puesto que, su vinculación no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perduró desde el **10 de febrero de 2009 hasta el 11 de febrero de 2015**. El contenido de los contratos muestra la imposibilidad del demandante de cumplirlos en forma autónoma o que se trate de simple coordinación con la entidad.

Empero, es importante precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir al demandante la condición de empleado pública, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado. Así lo ha señalado el Consejo de Estado⁵:

*“Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de una relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, se insiste en este punto que **por el hecho de haber estado vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión (...)*”

⁵ C.E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 16 de febrero de 2012, expediente No. 41001-23-31-000-2001-00050-01 (1187-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

9.4. DE LA DEVOLUCIÓN DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE

La Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral⁶ en cuanto al reintegro de las deducciones por retención en la fuente, expuso:

*“En cuanto a la pretensión de que le sea devuelta la retención en la fuente correspondiente a cada uno de los cuatro contratos que suscribió con el municipio, hay que decir que se trataría de una **cuestión de índole tributaria** ajena a lo que propiamente constituye el objeto de este litigio, por no tratarse de un asunto de naturaleza laboral.*

En consecuencia, no sería procedente ordenar la devolución de la retención en la fuente, al no tratarse de un asunto laboral, sino tributario.

9.5. DE LA INDEMNIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Igualmente, el Consejo de Estado⁷ ha manifestado que en los casos en los cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, el demandante tiene derecho a recibir una indemnización de las prestaciones sociales dejadas de cancelar, así:

*“(…) Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son **las prestaciones sociales** que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.*

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

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

Así, que en caso de que existe un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso

⁶ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral- Sentencia de junio 29 de 2001, rad. 15499

⁷ Consejo de Estado- Sección Segunda- C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- 15 de junio de 2011- Radicación: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10)

del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

"En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización".

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista."

En consecuencia, es del caso acceder al reconocimiento de las prestaciones sociales que devengaba otro funcionario de planta en un cargo equivalente⁸, así como el pago de los aportes al sistema de seguridad social (Salud y Pensión) en la cuota parte correspondiente a la entidad.

En concordancia con la sentencia de unificación emanada del Consejo de Estado⁹, el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya solicitado 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

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00449-01 (1807-13), CP. Alfonso Vargas Rincón.

⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16 Demandante: Luanda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro. M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

estatal demandada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

En atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible y a la condición periódica del derecho pensional, 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; la entidad demandada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el **10 de febrero de 2009** hasta el **11 de febrero de 2015**) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existiere diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Ahora, indistintamente de que haya existido o no solución de continuidad entre una y otra vinculación, ante el abuso de la entidad de los contratos de prestación de servicios lo que se debe reparar es el daño antijurídico que se le causó al demandante. Así lo ha aplicado el Consejo de Estado¹⁰:

“Si bien debe aceptarse que durante la prestación del servicio se presentaron interrupciones de 1 mes y 20 días; 1 mes y 26 días, 3 meses y 13 días, 17 días, 1 día, 2 días y 1 mes y 21 días, tal situación lo que evidencia es la irregularidad de la Administración al mantener a un contratista prestando labores permanentes y ordinarias al servicio de la Función Pública debiéndose en consecuencia reparar el daño de la conducta antijurídica, al ser imposible retrotraer la situación al estado anterior, derivada de la entidad demandada cuya liquidación incluirá para efectos prácticos la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones pero descontadas del total de las condenas.”

En este caso, según la relación de los contratos suscritos entre el señor **JOSE ALEJANDRO FORERO CUELLAR**, en los hechos visibles a folio **96 vuelto y 97** del expediente, hubo algunos periodos de interrupciones.

¹⁰ Sentencia del 11 de noviembre de 2009, SCA, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Radicación Número: 680001-23-15-000-2004-02350-01(2486-08), Actor: Hilda Sonia Díaz Guzmán.

9.6. DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS Y DEMÁS PRESTACIONES SOCIALES

Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías, pero acatando la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹, cuando se declara la existencia de una relación laboral, dicha prestación tan solo se reconoce con la sentencia, la cual es constitutiva del derecho, por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario; en tales condiciones no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada. Bajo el anterior argumento también se negará el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales y de las cesantías, máxime cuando tales indemnizaciones están previstas en normas que regulan las relaciones laborales de trabajadores del sector privado (ley 50/90 y Ley 244/95).

9.7. ANÁLISIS DE LA PRESCRIPCIÓN

El Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda, calendada 25 de agosto de 2016, expediente número 23001-23-33-000-2013-002660-01(0088-2015). C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, ha puntualizado frente a la prescripción de los dineros pagados por concepto de aportes para pensión, lo siguiente:

“la imprescriptibilidad (...) no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiese diferencias en su

¹¹ Consejo de Estado en la sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente No. 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013), C.P. Gerardo Arenas Monsalve

*contra, tendrá la carga de cancelar o complementar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador*¹². (Negrilla fuera del texto).

En esa misma sentencia de unificación, en la parte resolutive se estableció que en cada proceso en el que se reconozca el vínculo laboral se debe realizar el análisis de la prescripción en el caso concreto.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, aparece probado en el expediente que el demandante solicitó mediante derecho de petición formulado el **28 de agosto de 2017** (folios **3-5**), a la entidad demandada, se le reconociera y pagara los derechos laborales originados en el contrato realidad, junto con las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales para el período comprendido entre el **10 de febrero de 2009** hasta el **11 de febrero de 2015**, periodo durante el cual se desempeñó como **CAPACITADOR O INSTRUCTOR** en el **FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD SOCIAL DE BOGOTA D.C., en liquidación**, en virtud de los contratos de prestación de servicios.

Así las cosas, se evidencia que el demandante reclamó ante la entidad demandada sus pretensiones en torno al reconocimiento del contrato laboral, dentro del término de los tres años siguientes a la terminación de la última vinculación contractual, es decir, en el período comprendido entre el **10 de febrero de 2009** hasta el **11 de febrero de 2015**, comoquiera que se demostró que su reclamo lo presentó ante la entidad accionada el **28 de agosto de 2017**.

Por lo que se concluye que, no existe en el presente caso prescripción de las prestaciones sociales reclamadas durante el período reconocido.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, pues la parte demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley en cuanto que los actos administrativos acusados desconocen las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que los amparaban.

La suma que deberá pagar la entidad accionada como condena a favor de la parte actora deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

¹²Sentencia CE-SUJ2 de 25 de agosto de 2016, M.P., Carmelo Perdomo Cuéter. Proceso número. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). Demandante Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

$$R = Rh \times \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

10. COSTAS

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la demandada. El Consejo de Estado ha señalado: “(...) sólo cuando *La Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas*”¹³, y en vigencia de la Ley 1437 de 2011 ha reiterado¹⁴, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: “En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C. G. del P., dan lugar a las costas.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veintitrés (23) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del **OFICIO N° E-00007-201701735-FVS del 31 de agosto de 2017** por medio del cual el **FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA D.C. EN LIQUIDACION**, le negó al accionante, señor **JOSE ALEJANDRO**

¹³Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C.- Sria. EDUCACIÓN.

¹⁴Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

FORERO CUELLAR, los derechos y acreencias laborales derivados de la relación laboral, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la **ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA – SECRETARIA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA EN CALIDAD DE SUCESORA PROCESAL DEL FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA EN LIQUIDACION**, a reconocer y pagar al señor **JOSE ALEJANDRO FORERO CUELLAR** identificado con la C.C. N° **79.942.634** de **Bogotá**, en forma indexada, las prestaciones sociales y demás emolumentos legales, en igualdad de condiciones que un **CAPACITADOR O INSTRUCTOR**, asimilado a un cargo de la planta de personal de la entidad, durante el período en el cual se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, desde el **10 de febrero de 2009** hasta el **11 de febrero de 2015**, de acuerdo con lo probado y consignado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la entidad demandada a pagar al actor los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios.

CUARTO: DECLÁRASE que el tiempo laborado por el demandante a través de los contratos de prestación de servicios y sus adiciones o prórrogas, se deben computar para efectos pensionales.

QUINTO: La entidad deberá pagar a la parte demandante los valores correspondientes de las prestaciones sociales de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{Indice\ Final}{Indice\ Inicial}$$

SEXTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda. No se condena en costas ni agencias en derecho a la entidad, por las razones expuestas.

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

OCTAVO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la

parte demandante copia íntegra y autentica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaria del Juzgado **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA TERESA LEYES BONILLA
Juez

Firmado Por:

MARIA TERESA LEYES BONILLA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 023 ADMINISTRATIVO-SECCION 2 DEL CIRCUITO DE BOGOTA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

e62711baddd43a8e1abc085ddd44ee316e9bbfb90da33313957912dcd1fe960d

Documento generado en 18/08/2020 04:07:48 p.m.