JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020).

Proceso : NRD 1100133350302018 00436 00.
Demandante : Amanda Fajardo Martínez.
Demandado : Bogotá D.C. –Secretaría Distrital de integración social.
Decisión : Sentencia Primera Instancia.

OBJETO.

Decidir la demanda incoada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, por AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ en contra de BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.

I. DE LA DEMANDA.

a- Situación Fáctica.

Señala el apoderado de la parte actora que AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ prestó sus servicios como *docente de tiempo completo* en las instalaciones de las unidades operativas de la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL-en adelante SDIS-, desde el 05 de junio de 2012 hasta el 31 de enero de 2017, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, como maestra para la implementación de los lineamientos pedagógicos y curriculares de la educación inicial en los jardines infantiles de la SDIS en la Subdirección Local para la Integración Social de Kennedy, bajo permanente subordinación y dependencia, cumpliendo un horario de trabajo en igualdad de condiciones que el personal de planta de la entidad, y por el cual recibía una remuneración mensual como contraprestación a su labor denominada “honorarios”, para el cual debía acreditar el pago de su seguridad social.

Que como la demandada desdibujó la naturaleza del contrato, peticionó el 10 de agosto de 2018 para que admitiera la existencia de una relación laboral por el tiempo que estuvo a su servicio y, por ende, le reconociera y pagara las acreencias laborales y prestacionales a que tiene derecho, en los porcentajes que por ley correspondían al empleador, petición que fue resuelta mediante el Oficio SAL - 79973 del 30 de agosto de 2018, donde la SDIS le negó la declaratoria de existencia del contrato realidad y el reconocimiento y pago de las acreencias salariales y prestaciones, motivo por el cual instaura el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

b. Pretensiones.

A. DECLARACIONES:

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de respuesta No **SAL-79973 de fecha 30 de agosto de 2018**, mediante el cual la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, negó el reconocimiento de una relación laboral **(contrato realidad),** entre la entidad distrital demandada y la señora AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ, en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos por mi mandante con dicha entidad distrital.

2. Declarar que la señora AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ, **laboró bajo la dependencia y subordinación** de la demandada BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, durante el periodo comprendido entre el **05 de junio de 2012 y el 31 de enero de 2017**, en la ciudad de Bogotá D.C., **prestando sus servicios personales como maestra, recibiendo una remuneración mensual como contraprestación a sus servicios**, y que por lo tanto **existió una verdadera relación de trabajo entre las partes (contrato realidad)**, donde la entidad distrital demandada fue el empleador y la demandante, el trabajador.

3. Declarar que el servicio de Educación Inicial que presta la SECRETARÌA DISTRITAL DE INTEGRACION SOCIAL DE BOOTA D.C., en sus jardines infantiles diurnos, **se trata de una actividad que hace parte del giro ordinario de las labores misionales encomendadas a esta entidad distrital, la cual es permanente y no meramente ocasional.**

4. Declarar que la demandada BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, al celebrar contratos de prestación de servicios con maestras, para atender funciones de carácter permanente en sus jardines infantiles, **omitió**, **incumplió y no tuvo en cuenta,** lo ordenado en el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 **“que prohíbe la celebración de contratos de prestación de servicios para atender funciones de carácter permanente en la administración pública”,** norma que fue **declarada exequible** por la Honorable Corte Constitucional, en la sentencia de constitucionalidad **C-614 de 2009.**

5. Declarar que son **ineficaces todas las cláusulas contractuales pactadas** entre la demandante y la demandada, **tendientes a desconocer y ocultar la verdadera relación de trabajo.**

6. Declarar que la demandante tiene derecho al pago de sus derechos laborales y prestaciones sociales que tienen carácter de irrenunciables de conformidad con nuestra carta política y las normas legales; como son: **cesantías, intereses sobre las cesantías, compensación en dinero por las vacaciones no disfrutadas[1], primas de vacaciones, primas de servicios y primas de navidad;** y demás derechos que resulten probados dentro del proceso, *sumas que deberán ser actualizadas*.

7. Declarar que la demandante **tiene derecho a la devolución y pago de la cuota parte que la entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensión y Empresa Prestadora de Salud,** ya que los aportes obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión durante la vigencia de los contratos por prestación de servicios suscritos con la demandada *fueron asumidos y pagados por la demandante en su calidad de contratista, como trabajador independiente.*

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se realicen las siguientes:

B. CONDENAS:

1. Condenar a la demandada **BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL-SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL** a reconocer, liquidar y pagar las sumas (debidamente actualizadas) correspondientes a: **cesantías**, **intereses sobre las cesantías**, **primas de servicios**, **primas de vacaciones, primas de navidad**, **compensación en dinero por las vacaciones no disfrutadas,** entre otros derechos laborales y prestacionales que se le adeudan a la demandante y que corresponden a los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017.

2. Condenar a la demandada **BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL,** a pagar a la demandante, **la cuota parte que la entidad demandada no traslado al respectivo Fondo de Pensiones y Empresas Prestadoras de Salud,** ya que los aportes obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión durante la vigencia de los contratos de prestación de servicios fueron asumidos y pagados por la demandante en su calidad de contratista (trabajador independiente).

3. Condenar a la demandada **BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL,** a que las sumas de dinero que se liquiden a favor de la accionante, ***sean actualizadas***, conforme al artículo 187 del CPACA aplicando la formula jurisprudencial ordenada por el Honorable Consejo de Estado.

4. Condenar a la demandada **BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL– SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL,** a dar

[1]**Es la indemnización por vacaciones**, que hace referencia a la compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas que se paga al personal de planta que se desvincula o a quienes, por necesidades del servicio, no pueden tomarlas en tiempo. **Este derecho también lo adquieren los contratistas a quienes se les declara el contrato realidad.**

cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos187 al 195 del CPACA.

5. Condenar a la demandada **BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL**, al pago de gastos y costas procesales, así como agencias en derecho."

c. Normas violadas.

Invocó como normas vulneradas el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, el ultimo inciso del artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 17 del Decreto 626 de 2008. Asimismo, las sentencias SU del 25 de agosto de 2016 del H. Consejo de Estado, del 21 de abril de 2016 del Consejo de Estado y las sentencia C- 618 de 2009, C-154 de 1997, T-694 de 2010, T-104 de 2017 de la H. Corte Constitucional, entre otras.

d. Concepto de violación.

Con cita de las normas legales y el antecedente jurisprudencial anteriormente señalado, el apoderado de la demandante, aduce que existe violación a las disposiciones citadas como quiera que, de conformidad con el Decreto Distrital 607 de 2007, la Secretaría Distrital de Integración Social tiene por objeto "*orientar y liderar la formulación y el desarrollo de políticas de promoción, prevención, protección, restablecimiento y garantía de los derechos de los distintos grupos poblacionales, familias y comunidades, con especial énfasis en la prestación de servicios sociales básicos para quienes enfrentan una mayor situación de pobreza y vulnerabilidad. Así como, prestar servicios sociales básicos de atención a aquellos grupos poblacionales que además de sus condiciones de pobreza se encuentran en riesgo social, vulneración manifiesta o en situación de exclusión social* ", y que dentro de los servicios esenciales permanentes y las funciones misionales de la entidad se encuentra el Programa de Atención Integral a la Primera Infancia en su educación inicial a través de los jardines infantiles de la SDIS el cual es prestado por docentes de tiempo completo.

Así las cosas, sostiene que el personal de planta y los contratistas que prestan esta labor tienen asignadas las mismas tareas y funciones siendo la única diferencia el

tipo de vinculación, de un lado y por otro, que la entidad inobservó la Carta Política, las normas legales y la reiterada jurisprudencia de las altas cortes al contratar servicios de docencia sometidos a subordinación y continua dependencia por medio de la utilización de contratos de prestación de servicios sucesivos, como si se tratara de prestación de servicios personales independientes, ocultando o desdibujando la verdadera relación laboral, y omitiendo el pago de derechos salariales y prestacionales, entre otras consideraciones.

II. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

a. Argumentos de la defensa.

La Doctora IVONNE ADRIANA DÍAZ CRUZ, en calidad de apoderada judicial de la SDIS contestó oportunamente el libelo inicial (fl.120), pronunciándose sobre los hechos narrados en la demanda y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma, para el cual manifestó que no existe obligación legal pendiente a favor de la demandante pues sus honorarios le fueron debidamente pagados acorde con lo pactado en el contrato de prestación de servicios suscrito, aduciendo que no existió una relación laboral entre las partes por cuanto no se cumplen los requisitos para su configuración; es decir, no está demostrada la existencia de los elementos constitutivos de un contrato laboral, en especial el de subordinación como quiera que las labores fueron ejercidas con autonomía e independencia, que incluso en esta modalidad de contratación debe existir una dirección de quien ejerce la supervisión del contrato que no necesariamente implica una subordinación o dependencia.

En cuanto a la legalidad del contrato de prestación de servicios, sostuvo que esta modalidad de contrato se encuentra regulada en la Ley 80 de 1993, por tanto, está legalmente configurado como una contratación estatal para ejecutar actividades conexas con aquellas que cumple la entidad, afirma que no se puede dar aplicación a la presunción contemplada en el artículo 53 de la Constitución Política, respecto de la primacía de la realidad sobre las formalidades legales, como quiera que no se dieron los elementos indispensables para hablar de contrato de trabajo, sin los cuales se desfigura esta modalidad contractual.

Que, de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado[2], cuando se declare la existencia de una relación laboral entre un particular y una entidad pública bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, este reconocimiento no tiene como consecuencia implícita la adquisición de la calidad de servidor público, recordando que se ha denominado contrato realidad a aquel que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de lo sustancial sobre lo formal.

Afirma que se debe probarse la existencia de subordinación o dependencia, entendida ésta como la facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerles reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo; por tanto, mientras no sean demostrados cabalmente por la parte actora cada uno de los elementos de una relación laboral, nos resulta viable jurídicamente atribuirle a la entidad obligación alguna, máxime cuando en el presente caso se pretende equiparar las actividades de la contratista “maestra” con las de “docente”, siendo estas distintas, por lo cual solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda, absolviendo a la entidad de pagar suma dineraria alguna.

Propuso como excepciones de mérito la legalidad del contrato de prestación de servicios, la inexistencia del contrato realidad, la inexistencia de las obligaciones reclamadas, el cobro de lo no debido, la prescripción, la no configuración del derecho al pago de ninguna suma de dinero ni indemnización, la buena fe de la demandada, el enriquecimiento sin causa, la compensación y la genérica.

III. DEL TRÁMITE PROCESAL.

Admitida la demanda mediante auto del 16 de octubre de 2018 (fls. 109), fue notificada BOGOTÁ D.C. –SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y al MINISTERIO PÚBLICO (fls. 113 a 119), habiendo la demandada constituido apoderado para la defensa de los intereses de la entidad (fl. 148 y ss.).

En la audiencia inicial se saneó el proceso, se fijó el litigio, se resolvió lo atinente a las excepciones previas, indicando que las demás excepciones propuestas serán

[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Sandra Lisset Ibarra. Sentencia 66001233100020111002930 1

tenidas como de mérito o argumentos de defensa y, ante la postura del Comité de Conciliación de la entidad demandada, se declaró fallida la etapa de conciliación; luego se dio apertura al periodo probatorio en el cual se decretaron las testimoniales y documentales a que hubo lugar, fijando fecha y hora para realizar la audiencia de pruebas.

En la audiencia de pruebas celebrada el 7 de octubre de 2019, se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante y los testimonios solicitados, se aceptó el desistimiento del testimonio de CAROL DAYANA ÁLVAREZ GUTIÉRREZ solicitado por la apoderada de la entidad, se le atribuyó el valor probatorio a las documentales allegadas por la entidad y se requirió a la parte actora para que, en el término de diez (10) días, aportara los actos administrativos por medio de los cuales se le reconoció y/o reliquidó la pensión que actualmente devenga, vencidos los cuales comenzaría a correr el término de traslado para que los apoderados de las partes y el Ministerio Público alegaran de conclusión por escrito.

El apoderado judicial de la parte actora, en su alegato conclusivo, reiteró los antecedentes fácticos del caso, señalando que los elementos constitutivos de la relación laboral fueron confirmados mediante los testimonios recaudados en la audiencia de pruebas, que la demandante no tenía autonomía técnica, administrativa, operativa ni gozaba de independencia para el ejercicio de sus funciones como maestra, que prestó sus servicios personales en las instalaciones de los jardines infantiles de la entidad, encuadrándose en una clara relación de naturaleza legal y reglamentaria, con los elementos esenciales del contrato de trabajo, a pesar de que el Decreto 2400 de 1968 y la sentencia C-614 de 2009 prohíben la contratación de personal bajo la modalidad de prestación de servicios para atender funciones de carácter permanente.

Que si bien a la demandante le fue reconocida una pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 5 del Decreto 224 de 1972, esta no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes, por lo que estos se encuentran exceptuados de la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público y, acorde con la sentencia del H. Consejo de Estado del 15 de febrero de 2018[3], precisando que la actora inicio sus labores con la SDIS desde junio de 2012, cuando aún no ostentaba la calidad de pensionada, por lo que no está reclamando

[3] Radicado 20001233300020150007101 (41072016)

sus salarios dejados de percibir sino las prestaciones sociales de ley en virtud de la relación laboral disfrazada que tuvo con la demandada.

Que en virtud de la Circular 12 de 2011 emitida por la Alcaldía Mayor y la Resolución 289 de 2013, se le debe reconocer y pagar a sus empleados las vacaciones en dinero cuando se retiran de la entidad sin disfrutar las mismas; que en la certificación laboral arrimada por la entidad demandada consta que la accionante prestó sus servicios personales como “maestra”, encontrándose claramente demostrados los elementos de una relación laboral de actividad personal, subordinación continuada y dependencia, en los términos de la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, tal y como fue comprobado en la prueba testimonial recaudada.

Que la entidad tenía conocimiento que “*los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión suscritos por la secretaría, en su mayoría corresponden a maestras y personal necesario para la prestación de los servicios misionales, administrativos y asistenciales*”, acorde con el informe de seguimiento realizado por el jefe de la Oficina de Control Interno, teniendo en cuenta que la función desempeñada es de carácter permanente, y se prestó por más de cinco años, así entre los contratos hayan existido cortas interrupciones, precisando que la reclamación ante la entidad se realizó dentro de los 3 años contados a partir del término de la última vinculación contractual, por lo que solicita acceder a las suplicas incoadas en la demanda.

Por su parte, la apoderada de SDIS en su alegación final reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y las excepciones propuestas, y precisa que la jurisprudencia ha señalado que cuando se declara la existencia de una relación laboral, este reconocimiento no implica la obtención de la calidad de servidor público aunque le da la posibilidad de obtener la reparación del daño recibiendo las prestaciones sociales que en su momento no le fueron reconocidas; sin embargo, es la parte interesada quien tiene la carga de la probatoria de los elementos de un contrato real y en el presente caso no se probó el elemento de la subordinación.

Que se encuentra probado que las actividades contractuales en la prestación de los servicios deben ejecutarse dentro del contexto establecido en los lineamientos de

atención a la primera infancia, y las actividades podían ser establecidas por las personas que se encargaban de atender a los menores al cuidado del jardín infantil, deduciendo que se hacía seguimiento solamente a la ejecución del cronograma propuesto por los mismos contratistas en conjunto con la coordinación del jardín, Insiste en la tacha del testimonio de BRÍGIDA INÉS MORENO CASTELLANOS aclarando que, vistas las pruebas documentales aportadas por la demandante, no se demostró la existencia de un cargo homologo, ni prueba alguna de la subordinación, destacando que se pretende la declaración de existencia del contrato realidad bajo el supuesto que por el simple hecho de ejercer una actividad de "maestra", se genera una relación laboral, siendo determinante el elemento de subordinación para diferenciar el contrato laboral del de prestación de servicios.

De otra parte, sin que implique reconocimiento alguno, solicita se tenga en cuenta por el despacho la prescripción de las acreencias laborales toda vez, que cada contrato es una relación autónoma e independiente con plazos de expiración por lo tanto cada contrato contaba con los tres años de prescripción para ser reclamado ya que la relación con la demandante fue discontinua; en cuanto a las vacaciones afirma que tal reconocimiento no procede por lo tanto solicita se desestime esa pretensión.

Finalmente solicitó no acceder a lo pretendido en cuanto al reconocimiento de aportes a pensión, en atención a que se encuentra probado que la demandante adquirió su estatus pensional desde el 2014 al cumplir con la edad para ello y la totalidad de las semanas cotizadas, reiterando que, al encontrarse probado que la entidad no actuó de manera ilegal sino que sus actuaciones se ajustaron a la ley, los pactos contractuales y la realidad del contrato, se deben negar las pretensiones de la demandante, entre otros argumentos.

El Agente de Ministerio Público en esta oportunidad guardó silencio del traslado para alegar de conclusión.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

a. Del caso a debatir.

Se discute en esta oportunidad la legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio SAL-79973 del 30 de agosto de 2018, mediante el cual la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, negó el reconocimiento de una relación laboral con AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ, por haber prestado sus servicios como "maestra" entre el 5 de junio de 2012 y el 31 de enero de 2017, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y el consecuente reconocimiento de las acreencias laborales.

b. Tesis de la parte demandante.

Como la vinculación de la actora por varios años en la modalidad de contratista simuló una verdadera relación laboral, tiene derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos salariales y prestacionales que le corresponden a un empleado par de planta.

c. Tesis de la parte demandada.

Como la demandante fue contratada a través de la figura del contrato de prestación de servicios y no se probaron los elementos constitutivos de una relación laboral, la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales y prestacionales, ya que no existió vínculo laboral entre las partes.

d. Acervo probatorio recolectado.

Se allegó al proceso, en legal forma los siguientes medios probatorios:

- Petición ENT-35610 del 10 de agosto de 2018 elevada por AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ ante la SDIS deprecando el reconocimiento de un contrato realidad y el pago de los derechos laborales y prestaciones sociales propios de un contrato laboral (fls. 3-8).

- Oficio SAL -79973 del 30 de agosto de 2018 suscrito por la directora poblacional de la Secretaría de Integración Social, mediante el cual dio respuesta negativa al requerimiento (fls.9-10).

- Certificación de los contratos de prestación de servicios suscritos ente la SDIS y AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ, en la cual se indican las fechas de

ejecución, valor, objeto y obligaciones contractuales, suscrita por la Subdirectora de Contratación de la SDIS el 27 de julio de 2018 (fls. 11-12).

- Fotocopia de la Resolución 0594 del 28 de marzo de 2016, por la cual se establece el horario y turnos de trabajo de los servidores de la SDIS (fls. 38-44).

- Copia del expediente administrativo de la demandante que incluye los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes con sus respectivas prorrogas y adiciones, la hoja de vida de la demandante, planillas de pagos a seguridad social, informes mensuales rendidos, actas de inicio y finalización, entre otros (fls. 14 a 27 y CD fl. 152).

- Oficio del 30 agosto de 2019, mediante el cual la SDIS informa que no existe un cargo de planta que realice las funciones equivalentes al cargo de maestra desempeñado por la demandante (fl. 184).

- Copia del Manual de Funciones de la SDIS contenido en las Resoluciones 629 del 26 de junio de 2007, 352 del 19 de marzo de 2015 y 1387 del 10 de octubre de 2016 (CD. fl. 185)

- Interrogatorio de parte de AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ y los testimonios de NUBIA YANETH BELLO PÉREZ y BRIGIDA INÉS MORENO CASTELLANOS (CD fl. 190).

- Copia de la Resolución GNR 408931 del 16 de diciembre de 2015 “Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez”, a favor de AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ (fls. 192-195).

e. Problemas jurídicos por resolver.

¿Existió una verdadera relación laboral entre las partes en contienda? En caso afirmativo: ¿Cuáles son los efectos del contrato realidad? Examinado a la luz del nuevo precedente judicial: ¿Ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción?

¿la relación laboral pretendida resulta compatible con la pensión vitalicia de vejez por aportes reconocida a la demandante por parte de COLPENSIONES?

f. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

Para resolver el conflicto planteado acudiremos a los valores de justicia, equidad y solidaridad, a la directriz de que como el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio; a los principios de remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; a los derechos del trabajo, la seguridad social y la igualdad, y que uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es el de garantizar su efectividad, todos consagrados en el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 48, 53, 90, 122, 123,125, 209, 228, 230, 269, entre otros, de la Constitución Política de 1991 de un lado y, por otro, que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió en su numeral tercero el contrato de prestación de servicios.

- **Del Contrato Realidad.**

Para resolver el tópico de si en el presente evento los contratos de prestación de servicios *ut supra* simularon una verdadera relación laboral se observará la protección del derecho al trabajo, especialmente a la vinculación laboral con el Estado, los límites a la contratación de funciones permanentes de entidades del Estado, el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, entre otros, referidos por la H. Corte Constitucional en la sentencia C- 614 de 2009, en la que recapituló:

> "…2.6. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LOS DIVERSOS TIPOS DE RELACIÓN LABORAL
>
> 2.6.1. Protección constitucional general al empleo
>
> Sin duda, la modalidad del trabajo con mayor protección constitucional es la derivada de la relación laboral, tanto con los particulares como con el Estado.

Esa mayor intervención del Constituyente produce no sólo menor libertad de configuración normativa para el legislador porque existen barreras superiores que imponen condiciones laborales mínimas, sino también genera el deber de intervención directa e inmediata de las autoridades públicas en el contrato para evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el mismo.

En efecto, el artículo 25 superior constituye la cláusula general de protección del derecho de acceso, permanencia y estabilidad del empleo de los trabajadores; el artículo 26 Constitucional regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 de la Carta autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º, de la Constitución establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 superior regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 de la Carta establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud, los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga, el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria, el artículo 64 superior, regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 superior que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores de INRAVISIÓN. los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 superior impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores.

La especial protección de la vinculación laboral en la Constitución se explica claramente por el tránsito del Estado Constitucional, pues de ser un Estado gendarme (cuyas funciones principales se cumplían con la abstención, el respeto por la autonomía de la voluntad privada que rige las relaciones entre particulares y el reconocimiento de la igualdad formal entre todos los administrados), hacia un Estado Social de Derecho con responsabilidades activas de promoción, intervención y control en las relaciones laborales, en tanto que entendió que dichos vínculos generan relaciones verticales que rompen el principio de igualdad y la eficacia material de la autonomía negocial. Con base en lo expuesto, la Sala infiere dos conclusiones: La primera, no toda relación de trabajo debe ser tratada por la ley en forma igual porque la Constitución estableció una protección cualificada en favor de la vinculación laboral. La segunda, aunque la fijación de las políticas de empleo, en principio, le corresponde a los órganos políticos señalados en la Constitución y, de acuerdo con el artículo 53 de la Carta, el legislador debe expedir un nuevo Estatuto del Trabajo para garantizar la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, la estabilidad en el trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros, eso no significa que el legislador tenga facultades para imponer un modelo preciso de vinculación al trabajo, en tanto que la

protección a la relación laboral se impone. Dicho en otros términos, el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales.

2.6.2. Protección constitucional especial a la vinculación laboral con el Estado

Ahora bien, para el caso de la vinculación laboral con el Estado, además de las reglas generales de protección a los derechos de los trabajadores, la Constitución también estableció reglas particulares mínimas que buscan conciliar la salvaguarda de los derechos laborales de los servidores públicos y la defensa de los intereses generales. Así, dentro de ese catálogo de disposiciones especiales que rigen las relaciones laborales de los servidores públicos, encontramos, entre otras, las siguientes que resultan relevantes para resolver el asunto sub iúdice: i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público [10] que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros).

Nótese que ese conjunto de reglas constitucionales previstas específicamente para el empleo público constituyen imperativos que no sólo limitan la libertad de configuración legislativa en la regulación de las condiciones de trabajo de los servidores públicos y de los particulares que prestan funciones en la administración, sino también restringen la discrecionalidad de las autoridades administrativas para la vinculación, permanencia y retiro del servicio. Entonces, ni la ley ni el nominador tienen potestades ilimitadas para establecer condiciones de trabajo, pues están obligados a respetar los requisitos mínimos de acceso y permanencia en el empleo público previstos en la Constitución.

2.6.3. Diferencias en el tratamiento constitucional para la relación laboral ordinaria y para la vinculación contractual con el Estado.

En este sentido, es evidente que el Constituyente no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios con el Estado, pues mientras que la primera tiene amplia protección superior la segunda no sólo no tiene ninguna referencia constitucional porque corresponde a una de las múltiples formas del contrato estatal, sino que no puede ser asimilada a la relación laboral porque tiene alcance y finalidades distintas. Así las cosas, desde la perspectiva constitucional no es posible erigir para la relación laboral con el Estado y para el contrato de prestación de servicios consecuencias jurídicas idénticas y las mismas condiciones de acceso a la función pública.

En desarrollo de lo dispuesto en la Constitución, el legislador definió el contrato laboral como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” [11]. Esto significa que la relación laboral con el Estado, que surge de la relación legal y reglamentaria o del contrato de trabajo, no importa el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato, tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario [12] . Por su parte, el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el legislador como un contrato estatal que celebran “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” [13].

En múltiples oportunidades [14], la Corte Constitucional ha resaltado las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral. Así, por ejemplo, en la sentencia que analizó la constitucionalidad del concepto legal de contrato de prestación de servicios, la Corte recordó sus características para efectos de distinguirlo del contrato laboral, así:

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

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

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

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

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

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

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo [15].

Y, también en varias ocasiones [16] , esta Corporación ha llamado la atención sobre las graves consecuencias que, para la supremacía constitucional y la vigencia del orden justo, representa la distorsión del contrato de prestación de servicios y su confusión con las vinculaciones laborales. Al respecto, expresó:

"…la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales.

En primer lugar, la generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos sólo se trastocan en relaciones de esa índole si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.

En segundo lugar, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124).

En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores.

En cuarto lugar, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos

remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente.

Finalmente, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas" [17]

Así las cosas, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

En consideración con las diferencias entre estas dos modalidades de contratos para el desempeño de funciones públicas, la Corte señaló que la relación laboral es un criterio objetivo utilizado por el legislador para proteger ciertas relaciones de trabajo. Por ejemplo, en sentencias C-282 de 2007 y C-960 de 2007, la Sala Plena concluyó que es válido constitucionalmente que la Ley utilice como criterio de diferenciación el tipo de vinculación laboral o contractual. En efecto, la Corte encontró válida la regulación sobre que el acoso laboral sólo es aplicable a las relaciones laborales y no a las vinculaciones por prestación de servicios, por cuanto "la protección al trabajador frente al acoso laboral, en los términos de la ley parcialmente acusada, obedece a la existencia real de subordinación pues la dependencia en la relación es la que determina la posibilidad de acoso, de acuerdo a los sujetos y al ámbito de aplicación de la ley" [18]. Igualmente, la sentencia C-094 de 2003, encontró ajustada a la Constitución una norma del Código Disciplinario Único que sanciona como falta gravísima del servidor público la celebración de contratos de prestación de servicios para ocultar relaciones laborales, por cuanto se exige constitucionalmente que la ley proteja el contrato realidad. En igual sentido, la sentencia C-672 de 2001, declaró la exequibilidad del artículo 5º de la Ley 190 de 1995 que establecía la nulidad del contrato de prestación de servicios porque no se cumplieron los requisitos para el ejercicio del cargo o para su celebración, por lo que si se demuestra que verdaderamente se trataba de una relación laboral, el contrato debía dejarse sin efectos.

En consideración con las diferencias que surgen de los contratos de prestación de servicios y el laboral, la jurisprudencia nacional ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta, debe aplicarse el principio de "primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" tanto en las relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado, como pasa a verse:

Jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al principio de primacía de la realidad sobre la forma.

En cuanto a la aplicación de este principio, cabe recordar lo dicho por esta Corporación en sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994:

"La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato"

La Corte Constitucional ha indicado que el principio de primacía de la realidad no supone la incorporación automática a las categorías de empleado público o de trabajador oficial, en tanto que “la situación legal y reglamentaria y la relación laboral de estos no es equivalente ni asimilable a la situación del contratista independiente” [19] , pero sí tiene plena aplicación respecto de las relaciones contractuales que suscritas con fundamento en la Ley 80 de 1993, constituyen verdaderas formas de vinculación laboral [20]

De igual manera, esta Corporación ha aplicado este principio en los contratos laborales celebrados por las empresas de servicios temporales [21] , pues advirtió que “si en un caso concreto se logra acreditar la presencia de las características esenciales del contrato de trabajo así dicha relación se haya conformado bajo la forma de un contrato de prestación de servicios, en este caso surgirá en consecuencia el derecho a reclamar el pago de las prestaciones sociales propias de una relación laboral, pues habrá de aplicarse el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo” [22]

En el mismo sentido, manifestó que el principio objeto de estudio es aplicable a los contratos laborales que no pueden ser renovados indefinidamente por parte del empleador, “pues dicha situación generaría en el trabajador una inestabilidad frente a su relación laboral, como ocurre en el caso de los contratos laborales celebrados con las empresas temporales, y se caracterizan porque la duración del mismo hace relación a la obra o labor para la cual fueron contratados” [23].

En cuanto a las relaciones derivadas de la vinculación a una Cooperativa de Trabajo Asociado y la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos en las relaciones laborales, la Sala Octava de Revisión expresó:

“La Ley 79 de 1988 define a las Cooperativas de Trabajo Asociado como aquellas que vinculan el trabajo de sus asociados con el fin de producir bienes o prestar servicios [24]. Al estudiar la constitucionalidad de la norma en cita, esta Corte identificó la asociación voluntaria y libre, la igualdad entre los asociados, la fuerza de trabajo de los asociados y la solidaridad en la compensación como las características más relevantes de las Cooperativas de Trabajo Asociado ; respecto a este último punto la sentencia en mención afirmó que “todos los asociados tiene derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado,

además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa".

En estos términos y acorde con la norma que reglamenta la materia y la sentencia que determinó su constitucionalidad, para la Sala Plena de esta Corte es claro que dada la identidad entre el asociado y trabajador, la relación entre éste y la Cooperativa no se regula por el Código Sustantivo de Trabajo. Sin perjuicio de la calidad de trabajador de aquellos que son contratados con carácter ocasional o permanente no asociados. Ha precisado esta Corte, también, que la vinculación a una Cooperativa no excluye el surgimiento de una relación laboral, es decir, cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la Cooperativa".

Esta última afirmación se sustenta en el principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales [25] (art.53 C.P.) que permite establecer a partir de la existencia de los elementos de la relación laboral, la existencia del contrato de trabajo. Sostiene la Corte que en el caso específico de las cooperativas de trabajo asociado, el "vínculo laboral es ajeno al lugar donde el trabajador preste sus servicios, por orden de la cooperativa. Estos pueden inclusive ser desarrollados donde terceros con quienes la cooperativa suscriba contratos para tal efecto".

(….)

La breve descripción de la jurisprudencia que se realizó en precedencia permite inferir dos conclusiones relevantes para el caso objeto de estudio:

La primera, los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.

La segunda, 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. Pasa la Sala a ocuparse de ese tema:

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: la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, 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. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003 [32], de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:

"…no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes"

ii) Criterio de 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 (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008 [33]).

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 (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003 [34]). Dicho en otros términos, 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 de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vinculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008 [35]).

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 (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002 [36] a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al "giro normal de los negocios" de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

"… existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4º del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la Ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con

el artículo 6º del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos …" [37] (subrayas fuera del texto original)

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, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003 [38], indicó:

"no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este"

En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado consideró que para desempeñar funciones de carácter permanente y habituales (no para responder a situaciones excepcionales) no pueden contratarse mediante prestación de servicios a docentes [39], a personas para desempeñar el cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública [40], a mensajeros [41] y a un técnico y operador de sistemas [42]. Y, en el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que no era posible contratar por prestación de servicios la Jefatura del Departamento de Riesgos Profesionales de una empresa [43]

En síntesis, 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.

Con base en lo expuesto, la Sala resolverá si la prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente porque se requiere crear los empleos correspondientes, es contraria a la Constitución.

(…)

2.8. CUESTIÓN FINAL: NECESIDAD DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA RELACION LABORAL

A pesar de que, como se vio, la prohibición de vincular, mediante contratos de prestación de servicios, a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública es una regla que se deriva directamente de los artículos 122 y 125 de la Constitución, lo cierto es que resulta un lugar común afirmar que, en la actualidad, se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de "nóminas paralelas" o designación de una gran cantidad de personas que

trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados outsoursing.
(…)

Por lo expuesto, la Sala insta a los órganos de control que tienen el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes (artículos 267, 268 y 277 superiores), a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, deben imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto [45].

De hecho, esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo. Por ejemplo, en muchas ocasiones, las cooperativas de trabajo asociadas, que fueron creadas por la Ley 79 de 1988, modificadas por la Ley 1233 de 2008 y reglamentadas por el Decreto 3553 de 2008, para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral.

(…)

Eso muestra, entonces, que a los jueces en el análisis de los casos concretos, a los empleadores, a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, corresponde exigir la efectividad de las leyes que protegen los derechos laborales de los trabajadores. Para ese efecto, en el estudio puntual, deberá averiguarse si las formas legales como las cooperativas de trabajo, o los contratos de prestación de servicios, o los contratos celebrados por empresas de servicios temporales realmente tuvieron como verdadero objeto social o finalidad contractual el desarrollo de las actividades permitidas en la ley o si fueron utilizadas como instrumentos para disimular relaciones de trabajo.

(…)

En este sentido, corresponde a las autoridades de vigilancia y control y al juez de la causa, exigir la aplicación material de las normas que amparan la relación laboral y evitar la burla de los derechos derivados de la misma. Por esa razón, y en desarrollo del principio de primacía de la realidad sobre la forma, requerirán el cumplimiento de la ley, en forma solidaria, tanto al verdadero empleador como a quienes actuaron como intermediarios para utilizarla en forma inconstitucional. En otras palabras, las autoridades competentes evitarán la desviación inconstitucional de las normas protectoras de los derechos de los trabajadores y exigirán la responsabilidad solidaria que se deriva del incumplimiento de las reglas legales.

En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales. (…)

Que la anterior línea jurisprudencial fue reiterada por la H. Corte Constitucional en sentencia C- 171 de 2012[4], a través de catorce reglas, así:

> "…6.2 Acerca del tema bajo estudio y de conformidad con la parte motiva y considerativa de esta sentencia, la Sala reiterará aquí las siguientes reglas jurisprudenciales en relación con la protección del derecho fundamental al trabajo y la especial protección al vínculo laboral con entidades del Estado, y por tanto, en relación con los límites planteados a la potestad de contratación de las entidades estatales cuando se trata de funciones permanentes o propias de entidades estatales:
>
> (i) El reconocimiento y protección del derecho al trabajo como derecho fundamental por los artículos 25 y 53 de la Carta, y de los derechos de los servidores públicos por los artículos 123 y 125 Superiores.
>
> (ii) La Constitución y la jurisprudencia constitucional protegen las diferentes modalidades de trabajo, y han reconocido una especial protección constitucional a la vinculación laboral con el Estado, ya que la Carta Política ha consagrado normas especiales orientadas a la garantía de los derechos de los servidores públicos.
>
> (iii) El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para la regulación de la prestación del servicio de salud y para la estructuración de las Empresas Sociales del Estado destinadas a dicha finalidad, lo cual incluye el tema de la contratación por parte de estas entidades. No obstante lo anterior, dicha amplitud de configuración normativa encuentra claros límites en los principios, valores y derechos constitucionales, de manera que no puede desconocer ni vulnerar las normas sobre el derecho al trabajo, la protección a la vinculación laboral con el Estado, la protección de los servidores públicos, ni los límites constitucionales y legales, y de la jurisprudencia de esta Corte, a la contratación por parte de las entidades del Estado.
>
> (iv) De la protección constitucional del derecho al trabajo y del vínculo laboral con las entidades del Estado se deriva una regla general relativa al acceso a la función pública mediante la ocupación de un cargo o empleo que constituya una relación laboral. De esta manera, el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional, como modalidad de trabajo con el Estado que solo se justifica constitucionalmente si es concebido 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.
>
> (v) El respeto de estas reglas constitucionales constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución.
>
> (vi) La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve importantes diferencias constitucionales entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, y ha determinado los criterios para el reconocimiento de una u otra forma de contratación, de tal manera que estas dos formas no pueden ser de ninguna manera asimilables debido a sus alcances y finalidades disímiles, ni puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para disimular u ocultar verdaderas relaciones laborales, ni para fomentar procesos de deslaboralización. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha advertido sobre los graves riesgos constitucionales que implica la distorsión del contrato

[4]Criterios aplicados en sentencias de tutela 480 de 2016 y 104 de 2017.

de prestación de servicios y su utilización fáctica indebida para reemplazar o disfrazar verdaderas relaciones laborales.

(vii) La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

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

(ix) Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

(x) La jurisprudencia ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Por tanto, la Sala reitera la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución.

(xi) La prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, tiene como finalidad, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública. En armonía con lo anterior, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

(xii) En armonía con lo expuesto, la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo.

(xiii) Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha advertido, especialmente a las autoridades administrativas y a los empleadores del sector público, pero también a los particulares y empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales -art.25, 53, 123 y 125 Superiores-, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades públicas o privadas, ya que esta práctica desfigura el concepto de contrato, constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores, fomenta procesos de deslaboralización, incumplimiento que acarrea graves consecuencias administrativas y penales.

> (xiv) En síntesis, la jurisprudencia de esta Corte se ha enfatizado en (a) la protección del derecho fundamental al trabajo; (b) la protección especial de la vinculación con el Estado; (c) la garantía de los derechos laborales de los servidores públicos; (d) la regla general de vinculación laboral para el desarrollo de las funciones permanentes o propias de las entidades públicas; (e) la prohibición de contratación de prestación de servicios, cuando se trate de funciones permanentes o propias de administración; y (e) por tanto, la prohibición de utilizar figuras jurídicas constitucionales y legales para la desviación de poder en la contratación pública, el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales o el fomento de procesos de deslaboralización…"

Como el precedente judicial del H. Consejo de Estado en materia de "contrato realidad" es unánime y coincidente con el Máximo Tribunal Constitucional, al considerar que los contratos estatales, cualquiera sea su modalidad, no pueden constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales o fomentar procesos de deslaboralización, procederemos a determinar si en el presente asunto la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL utilizó dichos contratos para ocultar o simular una verdadera relación laboral.

Del caudal probatorio allegado legalmente a la actuación se desprende que la demandante AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ prestó sus servicios personales como "maestra" en los jardines infantiles de la SDIS entre el 5 de junio de 2012 hasta el 31 de enero de 2017, de manera **interrumpida**[5], realizando labores como "maestra profesional" "para la implementación de los lineamientos pedagógicos y curriculares de la educación inicial en los jardines infantiles de la SDIS en la subdirección local para la integración social de Kennedy, en el marco del "*Proceso de atención integral a la primera infancia*", posteriormente, prestó sus servicios como "maestra profesional" para la educación inicial en el marco del "Proceso de atención integral a la primera infancia de la SDIS" a través de los contratos **2012-4290**, ejecutado del 05 de junio de 2012 al 21 de febrero de 2013 (con suspensión de 20 días); **2013-1765**, ejecutado del 22 de febrero de 2013 al 11 de febrero de 2014; **2014-4302**, ejecutado del 11 de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015; **4399-2015**, ejecutado del 10 de febrero de 2015 al 30 de enero de 2016 (con suspensión de 24 días calendario); y **3901-2016**, ejecutado del 18 de febrero de 2016 al 31 de enero de 2017 (con suspensión de 38 días) ,y en los cuales las obligaciones contractuales para las tareas de *maestra para la implementación de lineamientos pedagógicos y curriculares de la educación inicial en los jardines infantiles* señalan, entre otras, las siguientes:

---

[5] Además de las interrupciones entre la celebración de los contratos y las correspondientes a los periodos de vacaciones estudiantiles entre finales diciembre y principios de enero de cada año, algunos contratos presentaron suspensiones.

OBJETO

Prestar los servicios de maestra profesional para la implementación de los lineamientos pedagógicos y curriculares de la educación inicial en los jardines infantiles de la SDIS en la subdirección local para la integración social de Kennedy, en el marco del proceso de atención integral a la primera infancia.

OBLIGACIONES GENERALES

1. Brindar y garantizar el buen trato a los niños, niñas y adolescentes como un principio ético no negociable. Adicionalmente tener una relación de respeto y cooperación con todas las personas que desarrollan actividades en el jardín infantil (familia, funcionarios, comunidad).
2. Denunciar cualquier irregularidad y coordinar las gestiones necesarias con otras instancias y ante las autoridades competentes para la restitución y el ejercicio de los derechos de los niños y niñas.
3. Adecuar oportunamente y exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, conforme al artículo 11 de la Ley 1098 de 2006.
4. Propender por el aseguramiento, la protección y efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados a los niños, las niñas y adolescentes; conforme al numeral 4 del artículo 41 de la Ley 1098 de 2006.
5. Velar por el respeto a la integridad física, síquica e intelectual y el ejercicio de los derechos de los niños y las niñas; en virtud de lo establecido en el numeral 8 del artículo 41 de la Ley 1098 de 2006.
6. Garantizar que en todas las interacciones y relaciones que establezca directa o indirectamente con los niños y niñas, sean reconocidos y tratados como sujetos de derechos, con capacidad para pensar, expresar, participar, opinar y de ser tenido en cuenta como sujeto activo dentro de todo el proceso pedagógico.
7. Conocer, apropiar e implementar dentro de sus competencias los lineamientos y estándares técnicos de la educación inicial con enfoque de atención integral a la primera infancia.
8. Participar en la construcción y puesta en marcha del proyecto pedagógico del jardín infantil, en cual debe ser elaborado bajo las orientaciones pedagógicas de la educación inicial definidas por la Subdirección para la infancia.
9. Aportar al diseño e implementación de modelos innovadores y pertinentes para el siglo de educación inicial en el jardín infantil donde este prestando sus servicios profesionales.
10. Liderar el diseño e implementación del proceso pedagógico y el currículo de formación a familias implementando al interior del jardín infantil; cumpliendo cabalmente lo definido en los lineamientos y estándares técnicos de educación inicial principalmente en lo relacionado con el estándar pedagógico de educación inicial, así como con los aspectos de seguridad de los niños y niñas en el jardín infantil.
11. Participar de forma activa en las jornadas de formación permanente, relacionados con el cumplimiento de los estándares de calidad, de maestras que desarrolla la subdirección para la infancia a través de los viernes pedagógicos y la jornada liberada.
12. Conocer y apropiar las políticas y lineamientos de inclusión social definidos por la subdirección para la infancia, especialmente en lo relacionado con niños y niñas en condición de discapacidad, miembros de comunidades indígenas o víctimas del conflicto armado, con el fin de implementar las acciones necesarias y suficientes para incorporar lineamientos en sus prácticas pedagógicas.
13. Diligenciar los formatos e instrumentos correspondientes a los procesos de planeación pedagógica, seguimiento y valoración del desarrollo infantil de cada niño o niña informes periódicos dirigidos a padres y madres de familia o cuidadores y los demás que se consideren de competencias de las maestras y que

estén acorde con el objeto de este contrato, de acuerdo con las directrices dadas con la subdirección para la infancia.
14. Trabajar de forma armónica y articulada con los demás profesionales que se vincules al equipo educativo del jardín infantil, como sicólogos educadores especiales, nutricionistas, enfermeros, entre otros, con el fin de garantizar una atención integral a los niños y niñas de los jardines infantiles.
15. Velar por el estricto cumplimiento de la minuta de alimentos diseñada por la SDIS y garantizar que el suministro de alimentos sea gratificante y satisfactorio, para los niños y las niñas.
16. Garantizar la veracidad y oportunidad de la información que registre en la ficha SIRBE de cada niño y niña del jardín, diligenciando cada uno de los campos establecidos de manera clara y completa; y realizar de manera permanente la actualización de este instrumento de información.
17. Acompañar, cuando se requiera el traslado de los niños y niñas a los diferentes espacios de participación que se desarrollen fuera del jardín infantil, tales como las salidas pedagógicas, entre otras actividades planeadas y aprobadas.
18. Responder ante las autoridades competentes por los actos u omisiones que ejecute en desarrollo del contrato, cuando con ellos se cause perjuicio a la administración o a terceros, en los términos del artículo 52 de la Ley 80 de 1993 de la responsabilidad de los contratistas, los contratista responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.
19. Conocer la política pública (grupo (s) al cual este (n) dirigido (s) los servicios), que permita la atención y protección integral de niños, niñas, adolecentes, adultos, personas mayores, familias, cuidadores y cuidadoras, garantizando el ejercicio pleno de sus derechos.
20. Garantizar la atención y protección integral a los niños, niñas y adolescentes, en el marco del desarrollo de las obligaciones derivadas del presente contrato y atendiendo los siguientes principios orientadores: **a).** No ejercer ninguna conducta que lleve implícita cualquier tipo de violencia (física y sicológica), negligencia, descuido, discriminación, inclusión y en general cualquier otro acto que afecte la integridad física y/o moral de los niños, niñas y adolescentes. **b).** Garantizar en todo tipo de actuación el respeto por la dignidad humana, el interés superior y los bienes jurídicamente tutelados a través del título IV delitos contra la libertas, integridad y formación sexuales, estipulados en la Ley 599 de 2000 “Código Penal”. Título I delitos contra la vida y la integridad personal, capítulo tercero – de las lecciones personales – **c).** Denunciar en el término de la distancia y en un término no mayor a las 24 cualquiera de las conductas descriptas anteriormente en los literales a) y b) del presente numeral por cualquiera de los medios legales y ante la autoridad competente con las garantías plenas de no ser objeto de represarías y actos arbitrarios e injustos de conformidad con la Ley 734 de 2002 y 1474 de 2011. **d).** La prohibición expresa de la revictimización, entendida esta como el daño sicológico adicional producido cuando de manera inapropiada se expone a la victima a evocar los hechos. Cuando la víctima del delito es expuesta a estas situaciones se ocasiona un daño adicional al que ya a padecido como víctima del delito, en especial en los casos de abuso y explotación sexual. **e).** Ejercer y garantizar el buen trato a todos los niños, niñas y adolescentes como un principio ético no negociable. Adicionalmente mantener una relación de respeto y cooperación con todas las personas que desarrollan actividades en los diferentes servicios. **f).** Garantizar la reserva de la información y la atención diferenciada de acuerdo con las particularidades de cada niño, niña y adolecentes máxime si hace parte de una investigación adelantada por autoridades competentes. **g).** Garantizar que en todas las interacciones y relaciones que se establezca directa e indirectamente con los niños, niñas y adolescentes sean tratados como sujetos de derechos con capacidad para pensar, expresar, participar, opinar y de ser tenidos en cuenta como sujeto activo dentro de las actividades desarrolladas dentro de los diferentes servicios.
21. Participar activamente en los procesos de atención a población en emergencias de origen natural y antrópicos, aplicando protocolos y procedimientos

adoptados dentro del sistema de prevención y atención de emergencias de la ciudad.
22. Desarrollar las actividades y la prestación del servicio en armonía con los lineamientos conceptuales, metodológicos y operativos de la gestión social integral.
23. Presentar al cierre del contrato un informe final que evidencie el impacto logrado de manera satisfactoria sobre las personas en el territorio durante la ejecución del contrato con soportes físicos y magnéticos relacionados con las obligaciones del presente contrato.
24. Las demás obligaciones que el Supervisor del contrato le designe en el marco de las actividades propias del Proyecto y del objeto del contrato.

De la declaración de parte vertida por la demandante AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ se desprende que durante el tiempo laborado con la SDIS, fungió como “maestra profesional” en el Jardín Infantil “Delicias” (Kennedy), siendo vinculada en sendas ocasiones bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, que cumplía con un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 4:30 p.m. o de 7:30 a 5:00 p.m., propio del horario de atención de estas instituciones educativas, con las respectivas interrupciones entre finales de diciembre y principios de enero por vacaciones de las mismas, que en durante la ejecución de algunos contratos se presentaron suspensiones por razones de salud; que su labor de “maestra profesional” la desempeñaba de manera personal y con los elementos que le proveía el mismo Jardín Infantil, y de manera idéntica a las demás maestras vinculadas con la institución, que recibía órdenes de las coordinadoras, a quienes además se les debía solicitar permiso con antelación para efectos de poder retirarse del turno y eran las responsables de firmar el reporte mensual de las actividades realizadas, y además, que de lo que le pagaba mensualmente la entidad como cualquier contratista debía pagar salud, pensión, y riesgos laborales, y que no se le reconocieron prestaciones sociales. Por otro lado, informó que COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez a partir de diciembre de 2015, por sus servicios prestados como empleada pública.

Estas situaciones de tiempo, modo y lugar fueron compartidas de manera unánime por los testimonios de NUBIA YANETH BELLO PÉREZ y BRIGIDA INES MORENO CASTELLANOS, antiguas compañeras de trabajo, quienes adicionalmente manifestaron que cumplían las mismas funciones que las empleadas de planta de la entidad pero con diferencias salariales y prestacionales en desmedro de las contratistas, que además se les exigía portar un carné y estar uniformadas al momento de cumplir sus funciones, el cual debían adquirir por sus propios medios.

Así, analizado el haz probatorio de manera conjunta, a la luz de los principios que rigen la sana crítica, se colige que la vinculación de la actora la SDIS, para que cumpliera labores de “maestra profesional” fue **personal, subordinada, remunerada y permanente,** motivo por el cual los contratos estatales *ut supra* simulan una verdadera relación laboral, toda vez que las actividades que debía cumplir corresponden a funciones propias y permanentes de la entidad, se pueden realizar con personal de planta, no requieren de conocimientos especializados, eran prestadas de manera personal en un estricto horario de trabajo impuesto por las directivas de la entidad, sin independencia y autonomía para su ejecución porque se sujetaba a los Lineamientos Curriculares y Pedagógicos de la Educación Inicial para la primera infancia, era vigilada y controlada por sus jefes inmediatos, no fue temporal porque se prolongó por más de cuatro (4) años de manera interrumpida, y donde la demandada le suministraba los elementos de trabajo para cumplir con su labor, independientemente de la autonomía pedagógica que usara para enseñar a los niños y niñas, entre otros aspectos, razón por el cual la tacha de sospecha efectuada a las testigos NUBIA YANETH BELLO PÉREZ y BRIGIDA INES MORENO CASTELLANOS, por parte del apoderado de la entidad demandada, no está llamada a prosperar.

Siendo la labor de “Maestra Profesional” inherente al objeto social de la SDIS y, por ende, de carácter permanente (no se puede dejar de realizar), y no habiendo explicado el ente demandado por qué la labor desplegada por la actora no se puede realizar con personal de planta, máxime cuando dicha función es equiparable con las desempeñadas por personal de planta de la entidad -específicamente la de **instructor, Código 313, Grado 9**, como consta en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la entidad (CD fl. 187); por tanto, se concluye que no debe ser cumplida a través de contratos estatales, so pena de desconocerse los derechos salariales y prestacionales de los vinculados mediante esta modalidad y de acuerdo con el precedente judicial ampliamente citado.

De modo que, no se comparten los planteamientos esgrimidos por la demandada en la contestación de la demanda y el alegato de conclusión, al exponer que los contratos de prestación de servicios fueron celebrados conforme las facultades que tiene la administración y acorde a la ley, cuando lo que se evidencia es que la administración está distorsionando y abusando de esta clase de contratos para evadir la obligación de ampliar la planta de personal mediante la vinculación

numerosa y permanente de personas a través de contratos de prestación de servicios; es decir, convirtió la excepción en la regla y, por ende, evade la responsabilidad de defender y fortalecer la carrera administrativa y el mérito como mecanismo para ingresar y permanecer en el cargo de un lado y, por otro, con ese mecanismo dispensar un trato discriminatorio o desigual entre contratistas y los empleados de planta en materia de remuneración de sus servicios – pues los contratistas, como en este caso, deben cumplir iguales o superiores tareas que los de planta-, máxime cuando al examinar la ejecución de los mismos se verifica que estos ocultan o simulan una verdadera relación laboral dado que no se trata del cumplimiento de unas funciones transitorias que requieran conocimientos especializados que no pueden ser realizadas por personal de planta.

Lo expuesto son argumentos suficientes para concluir que en el *sub judice* se ha desconocido el precedente constitucional y contencioso administrativo citado, que recomienda para estos casos -en aras de hacer prevalecer los principios de la administración pública- la creación de los cargos de planta, máxime cuando no resulta razonable hablar de una actividad temporal de más de cuatro (4) años, cuando se requiere para todos los periodos académicos, como lo advierte la H. Corte Constitucional en las sentencias C- 614 de 2009 y C - 171 de 2012 entre otras.

- **De los efectos de la declaratoria de existencia del contrato real.**

En sentencia unificadora del 25 de agosto de 2016[6] la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, ante las diferencias de criterios que existían entre las salas A y B sobre los efectos de la declaratoria de la existencia del contrato realidad, se expuso:

> "…Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de

[6] Radicación 23001233300020130026001 (0088-2015).M.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Actor, Lucinda María Cordero Causil.

> haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.
>
> Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.
>
> Pero lo anterior no es óbice para que la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA "*Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho;* ***también podrá*** *solicitar que se le repare el daño*", sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé."

Así las cosas, teniendo en cuenta la sentencia de unificación de nuestro máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los efectos de la declaración del contrato realidad serán a título de **restablecimiento del derecho** por considerar que es la que se ajusta a la naturaleza de la acción enervada y los valores, principios, directrices, derechos constitucionales y legales desarrollados por el precedente judicial constitucional citado, haciendo la precisión de que en esta oportunidad se debe reconocer y pagar a la demandante es la diferencia que surge **entre lo que debe devengar por concepto de factores salariales[7] y prestacionales[8]** un *Instructor código 313 grado 9*[9] par de planta o uno equivalente de la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y lo pagado a la actora por el tiempo de duración de los contratos suscritos, a fin de preservar el derecho a la igualdad entre unos y otros, y de paso ajustar lo indicado en el precedente judicial contencioso.

---

[7] Según los factores salariales que el Gobierno Nacional haya establecido año por año mediante decreto en cumplimiento de las Leyes 4 de 1992, entre otros, sin incluir factores creados o modificados por el ente territorial por carecer de competencia para ello, y que la actora acredite los requisitos para tener derecho.

[8] Por concepto de vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de cesantías.

[9] según el manual de funciones, el grado 12 difiere de los otros dos grados en que además tienen que organizar y realizar encuentros y talleres con las familias vinculadas para promover el mejoramiento de las condiciones y calidad de vida de los niños y niñas y la parte actora nada acreditó al respecto

- **De la prohibición constitucional de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público**

Ahora, como quiera que mediante la Resolución GNR 408931 del 16 de diciembre de 2015, COLPENSIONES le reconoció a la demandante una pensión mensual vitalicia de vejez a partir del 1º de diciembre de 2015, por sus servicios prestados en los sectores público y privado, en los términos de la Leyes 71 de 1988 y 100 de 1993, procede el despacho a determinar si este reconocimiento es compatible con la declaración de contrato realidad pretendida en el *sub lite*, para el cual se deberá tener en cuenta que la Constitución Política de 1991, estableció en el artículo 128 lo siguiente:

> Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.
>
> Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

Esta prohibición constitucional de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación que provenga del tesoro fue desarrollada mediante la Ley 4 de 1992[10], en cuyo artículo 19 preceptuó:

> **ARTÍCULO 19.** Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.
>
> Exceptuánse las siguientes asignaciones:
> **a)** Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
> **b)** Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
> **c)** Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
> **d)** Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
> **e)** Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
> **f)** Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
> **g)** Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.
>
> PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.

[10] "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política."

Que esta disposición fue declarada exequible por la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-133 de 1993[11], para el cual consideró que:

> Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc. Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo.
>
> (…)
>
> El artículo 19 de la ley 4 de 1992 que, como se ha repetido a lo largo de esta sentencia, consagra una incompatibilidad que consiste en la prohibición de desempeñar en forma simultánea más de un cargo público y por tanto el recibo de más de una asignación que provenga de las arcas del Estado, guarda perfecta armonía con la finalidad u objetivo general de la ley a la cual pertenece -4a. de 1992-, pues en ésta se señalan las normas, objetivos y criterios generales que debe observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, miembros del Congreso Nacional y Fuerza Pública, como también el régimen prestacional de los trabajadores oficiales. Y, como es obvio, las "asignaciones" tienen íntima relación con el tema salarial de que trata la norma.

Por su parte, mediante la Ley 344 de 1996, el Congreso de la República precisó en su artículo 19 que, cuando un servidor público adquiere el derecho al disfrute de una pensión de vejez o de jubilación, puede optar por tal beneficio, o bien continuar vinculado al servicio hasta cumplir la edad de retiro forzoso; artículo que fue declarado exequible mediante sentencia C-584 de 1997[12], donde la H. Corte Constitucional indicó:

> La norma estudiada busca impedir que una persona pueda gozar, simultáneamente, del derecho a la estabilidad en un cargo público y de la pensión de jubilación. Con ello, se pretende liberar una de las dos fuentes de provisión de los recursos involucrados, a fin de destinarlos a satisfacer necesidades de terceras personas. En efecto, si el servidor público opta por continuar trabajando hasta cumplir la edad de retiro forzoso, se disminuye temporalmente la presión financiera sobre los fondos que deben orientarse al pago del pasivo laboral. Si, de otra parte, decide hacer efectiva la pensión, se

[11] Sentencia C-133 del 1 de abril de 1993, Expediente D-153, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
[12] C-584 del 13 de noviembre de 1997, Expedientes acumulados D-1647, D-1649 y D-1657, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

> libera una plaza pública que deberá ser provista por una nueva persona, en edad de trabajar. La norma estudiada persigue una finalidad legítima de especial importancia constitucional. En primer lugar, está destinada a racionalizar los recursos asignados al pago del pasivo laboral de los servidores públicos, a fin de garantizar el cumplimiento oportuno de las necesidades básicas que la seguridad social está llamada a satisfacer. Pero busca, adicionalmente, un efecto supletorio, cual es el de aumentar las oportunidades de acceso de todas las personas, en igualdad de condiciones, a los cargos públicos.

Como de las disposiciones legales y pronunciamientos jurisprudenciales anteriormente citados se desprende que, salvo las excepciones determinadas expresamente en la ley, está prohibido desempeñar más de un cargo público o recibir más de una asignación que provenga del erario de un lado , por otro, que una vez adquirido por el servidor público el derecho al disfrute de una pensión de vejez o jubilación, este puede escoger entre seguir laborando hasta la edad de retiro forzosa, o hacer efectiva su pensión, para lo cual procede el retiro del servicio.

Por lo expuesto, como la pensión de vejez que le fue reconocida a la actora incluye no solo tiempos laborados en el sector privado, sino que para su cómputo se incluyeron 3.303 días laborados en entidades públicas[13], se colige que no es posible para la demandante devengar una prestación que proviene en gran medida del erario y, simultáneamente, recibir salarios y prestaciones sociales por sus servicios prestados en una entidad pública como lo es la SDIS, puesto que estas resultan incompatibles, al tener ambas como fundamento el servicio público y estar sufragadas por las arcas del Estado.

Que a pesar de que en la presente sentencia no se le está otorgando a AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ la calidad de empleada pública ni de trabajadora oficial, sino que se la está asimilando en términos salariales y prestacionales para efectos de evitar un trato discriminatorio, esta asimilación no resulta procedente a partir del momento en que le fue reconocida su pensión de vejez con inclusión de los tiempos al servicio del Estado, puesto que los empleados públicos que adquieren su derecho a la pensión no pueden retornar al servicio público y al mismo tiempo seguir devengando pensión, salvo las excepciones dispuestas por la ley, y solamente pueden retornar al servicio como contratistas, so pena de incurrir en la prohibición

[13] Equivalentes a 471 semanas (9.074 años).

del artículo 128 constitucional, tal y como lo definió el H. Consejo de Estado en el concepto 939 de 1997[14], donde estableció que:

> (…)
> En síntesis, los pensionados fueron servidores públicos, pero ya no lo son (situación distinta cuando se reincorporan nuevamente a ocupar un empleo público, según se señaló). Esta circunstancia unida a los argumentos anteriores permite afirmar que el pensionado puede contratar con el Estado, por cuanto la prohibición del artículo 127 de la Constitución que cubre los impedimentos de los servidores públicos no les es aplicable; además, la consignada en el artículo 128 siguiente de "recibir más de una asignación que provenga del tesoro público" tampoco los comprende en la medida en que la remuneración que se genera como consecuencia de la ejecución del objeto contractual no tiene carácter de asignación de índole laboral, pues no existe subordinación o dependencia ni es periódica y permanente.
>
> (…)
>
> **La Sala responde,**
>
> 1. Los pensionados del sector público pueden celebrar contratos de prestación de servicios con el Estado y por consiguiente percibir, además de su asignación pensional, remuneraciones del tesoro público denominadas honorario, pago o contraprestación económica por servicios prestados en cumplimiento de un contrato legalmente celebrado.
>
> (…)

Que si bien algunos docentes se encuentran exceptuados de la prohibición de recibir doble asignación –literales a y g del artículo 19 de la Ley 4 de 1992-, y en consonancia con lo dispuesto en el Decreto 224 de 1972[15] y en las Leyes 91 de 1989[16] y 60 de 1993[17], según los cuales el goce de la pensión de jubilación no es incompatible con el ejercicio de empleos docentes, pudiendo recibir los educadores tanto la pensión de jubilación como el salario de manera conjunta, no es menos que en el presente caso la demandante no es acreedora de una prestación reconocida en virtud de sus servicios como docente oficial vinculada al Ministerio de Educación - FONDOR , sino de una pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, motivo por el cual no le resultan aplicables las excepciones dispuestas en el régimen prestacional dispuesto para aquellos afiliados a las cajas de previsión social de los docentes oficiales.

---

[14] C.E. Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado 939 del 18 de marzo de 1997, M.P. Luis Camilo Osorio Isaza.
[15] Artículo 5.
[16] Artículo 15, numeral 2.
[17] Artículo 6, inciso 4: "…*El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones…"*.

Así las cosas, como quiera que la única manera que tenía la demandante de prestar sus servicios en una entidad pública a partir del momento en que le fue reconocida su pensión de vejez, era a través de la celebración de contratos de prestación de servicios, no es posible desvirtuar la relación contractual sostenida entre las partes **desde el 1 de diciembre de 2015 y hasta su retiro el 31 de enero de 2017**; razón por el cual, no se ordenará reconocimiento alguno por este periodo.

En todo caso, al tener la presente sentencia carácter constitutivo, se advierte que no es posible reconocer sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, o por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, porque es a partir de la presente decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado.

Tampoco se ordenará reconocer factor extralegal o convencional alguno a la demandante toda vez que, además de no haberse solicitado su existencia y vigencia, no se expuso su fundamento constitucional o legal, máxime cuando, se reitera, no se le está reconociendo la calidad de trabajadora oficial o empleada pública sino declarando la existencia de una relación laboral con unas consecuencias específicas.

En consecuencia, se declarará la nulidad parcial del acto acusado y, por ende, la existencia de la relación laboral entre AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ y la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y, a título de restablecimiento, se ordenará reconocer y pagar a la demandante las diferencias que surjan entre lo devengado por concepto de salarios y prestaciones por un empleado *Instructor Código 313, Grado 09* par de planta o equivalente de la entidad desde el **05 de junio de 2012 y hasta el 30 de noviembre de 2015**, dado que partir del día siguiente devenga una mesada por la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, según la duración de los contratos suscritos por la demandante, debiendo tener en cuenta las interrupciones, las suspensiones y las sumas percibidas con ocasión de los mismos.

La entidad demandada deberá asumir la cuota que le corresponda en materia de aportes para pensión, salud, riesgos laborales durante el periodo que duró la relación *sub lite* según el ingreso base de cotización y liquidación; razón por el cual debe actuar en consecuencia ante los correspondientes entes de previsión. No obstante, la demandada deberá realizar las compensaciones o descuentos, debidamente indexados, a que haya lugar al momento de pagar las sumas

ordenadas por concepto de aportes que la demandante deba hacer por ley. En el evento en que los aportes para salud, pensión y riesgos laborales realizados por la actora hayan sido superiores, le reconocerá y pagará las respectivas diferencias. No se ordena devolución alguna por concepto de caja de compensación por no haber la demandante acreditado pago alguno por dicho aspecto y estar a cargo exclusivo del empleador.

Por otro lado, se acoge la tesis de que la reclamación en sede administrativa se debe presentar dentro de los tres (3) años siguientes a la finalización del último vínculo contractual, so pena de que opere el fenómeno de la prescripción; no obstante, como en el presente evento la demandante el 10 de agosto de 2018 reclamó ante la demandada el reconocimiento de la existencia de la relación laboral dentro de los tres años siguientes a la finalización de su último contrato (31 de enero de 2017 o, si se quiere, desde el 30 de noviembre de 2015, fecha a partir de la cual comenzó a devengar su pensión de vejez), de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, ante el carácter constitutivo del derecho a partir la presente sentencia, y lo señalado por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 citada, no se declarará la prescripción de pago alguno sobre el periodo comprendido entre 5 de junio de 2012 y hasta el 30 de noviembre de 2015.

Por ende, se ordenará que las diferencias que surjan entre lo pagado por concepto de los contratos referidos y lo aquí ordenado sean pagadas a la actora, debidamente indexadas, por la entidad en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a 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 actora desde la fecha en que se causó el derecho, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

Igualmente, la demandada deberá dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A., siempre que se estructuren los supuestos fácticos allí establecidos.

- **De las costas.**

Como el apoderado de la parte actora manifestó su interés en probar las costas en que incurrió, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A, se condenará en costas a la parte vencida toda vez que dicha disposición contiene un imperativo categórico, no establece excepciones a favor de los entes públicos, y a la fecha no ha sido declarada inconstitucional o condicionada su interpretación; en consecuencia, desde ya se fijan como agencias en derecho el equivalente al 4% de las pretensiones reconocidas. Por Secretaría, se liquidarán las demás costas o expensas de acuerdo con lo probado por la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.-Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio SAL-79973 del 30 de agosto de 2018, por medio del cual BOGOTÁ, D.C. - SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, negó a AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ, el reconocimiento de los derechos laborales y prestacionales derivados de la relación que existió entre las partes, de conformidad con lo expuesto.

Segundo.- Declarar la existencia de una relación laboral entre BOGOTÁ, D.C.- SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL y AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ, en el periodo comprendido entre el 05 de junio de 2012 y el 30 de noviembre de 2015, momento en el cual le fue reconocida la pensión de vejez por COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto.

Tercero.- Ordenar, a título de restablecimiento del derecho, a BOGOTÁ, D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL reconocer y pagar a AMANDA

FAJARDO MARTÍNEZ, identificada con C.C. 23.778.181, las diferencias que surjan entre lo devengado por concepto de salarios y prestaciones por un empleado *Instructor, Código 313, Grado 09,* par de planta o equivalente de la entidad entre el 05 de junio de 2012 y el 30 de noviembre de 2015, según la duración de los contratos suscritos por la demandante – observando las interrupciones y suspensiones-, las sumas percibidas con ocasión de los mismos y la efectividad del reconocimiento pensional, acorde con lo probado y expuesto.

Cuarto.- Ordenara BOGOTÁ, D.C. –SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL asumir y realizar los respectivos aportes, en la proporción que le corresponda, por concepto de salud, pensión y riesgos laborales en los entes de previsión que la actora haya estado afiliada entre el 05 de junio de 2012 y el 30 de noviembre de 2015, de conformidad con lo expuesto.

Quinto.- Ordenar a BOGOTÁ, D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL realizar los descuentos que por concepto de aportes para seguridad social deba efectuar AMANDA FAJARDO MARTÍNEZ, entre el 05 de junio de 2012 y el 30 de noviembre de 2015, según el ingreso base de cotización y liquidación, o pagarle a esta las diferencias que por este concepto resulten a su favor, de conformidad con lo expuesto.

Sexto.- Ordenar a la demandada, o quien haga sus veces, pagar a la actora las sumas dinerarias que surjan de lo aquí ordenado debidamente indexadas, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. y de acuerdo con la fórmula expuesta en la parte considerativa.

Séptimo.-Ordenar a la demandada, o quien haga sus veces, dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A.

Octavo.- Condenar en costas a la entidad demandada para el cual se fija como agencias en derecho el equivalente al 4% de las pretensiones reconocidas. Por Secretaría, liquídense las demás costas o expensas de acuerdo con lo probado por la parte actora.

Noveno.-Denegar las demás súplicas de la demanda.

Décimo.- Ejecutoriada esta sentencia, por Secretaría del Juzgado, remítase a la demandada para su cumplimiento como lo indican los incisos finales de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A., expídase copia auténtica de la sentencia con constancia de ejecutoria de la presente providencia y del poder a las partes con los fines legales pertinentes. Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere y, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGÜELLO
Juez

EGMZ

Firmado Por:

OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGUELLO
JUEZ
JUEZ - ORAL 030 DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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

Código de verificación:
d7702e07c91eb62fe615e11c44491a66f9777a69729c447aeed15b78a059b9eb
Documento generado en 31/07/2020 08:32:30 a.m.