JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

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

Proceso : NRD 11001 33 35 030 2019 00152 00.
Demandante : Patricia Pastora Peña Garibello.
Demandado : Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá – hoy – Secretaría Distrital de Seguridad Convivencia y Justicia.
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 PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO en contra del FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ – hoy – SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD CONVIVENCIA Y JUSTICIA.

I. DE LA DEMANDA.

a- Situación Fáctica.

Señala la parte actora que PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO prestó sus servicios de apoyo a la gestión en el marco del Proyecto 383 en el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ, desde el 28 de diciembre de 2011 hasta el 30 de enero de 2016, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, el cual tenía como objeto prestar servicios de apoyo en la recepción y trámite hacia las agencias de las llamadas recibidas en la línea 123, recibiendo una remuneración mensual u “honorarios” como contraprestación a su labor. Que durante el tiempo laborado, tuvo a su cargo el pago de los aportes obligatorios a seguridad social como requisito para que la entidad le pagara mensualmente.

Que durante la relación laboral la demandante cumplió órdenes por parte de la entidad empleadora en cuanto a tiempo, modo, lugar y cantidad de trabajo, acorde con el

reglamento institucional dispuesto para los trabajadores de planta, que el servicio fue prestado de manera personal y directa, desempeñando funciones permanentes de carácter público dentro de un horario de trabajo impuesto por la demandada, de lo cual presentaba informes mensuales; por ende, al existir una relación laboral permanente considera que tiene derecho al pago de la misma retribución salarial y prestacional que devengan los empleados públicos de planta de la entidad.

Que como la demandada desdibujó la naturaleza del contrato, presentó reclamación administrativa el 8 de noviembre de 2018 para obtener el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y, por consiguiente, el pago de las correspondientes acreencias laborales, petición que fue negada por la Gerente del FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ - en liquidación - mediante Oficio E-00007-201803021-FVS Id Control 56029 del 22 de noviembre de 2018, motivo por el cual acude a la jurisdicción en uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

b. Pretensiones.

DECLARACIONES Y CONDENAS

Primera: Se admita el presente medio de control, como consecuencia de los antecedentes enunciados inicialmente.

Segunda: Se declare la NULIDAD por violación de la ley, del Acto **Administrativo Oficio No. E-00007-201803021-FVS Id Control 56029 del 21 de noviembre de 2018, notificado el 26 de noviembre de 2018,** por mediante del cual se NEGÒ el reconocimiento y pago de todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales: cesantías e intereses, prima de navidad, prima de junio, prima de servicios, vacaciones aportes a salud, pensión administradora de riesgos laborales y caja de compensación familiar; así como los valores dejados de percibir por concepto de donación y en general todas las sumas a título de PRESTACIONES SOCIALES, que corresponden a la contraprestación de la labor desempeñada desde el año 2011 hasta el 2016, y en general todas las acreencias laborales; acto proferido por la SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE GOBIERNO.

Tercera: Como consecuencia del restablecimiento del derecho, se declare que entre la SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE GOBIERNO y mi poderdante existió un vínculo laboral desde el 2011 hasta el 2016 y durante la relación laboral, la entidad no cancelo los derechos laborales.

Cuarta: Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO; igualmente se declare que la demandante, tiene pleno derecho a que la demandada SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ le reconozca y ordena pagar todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales como: cesantías e intereses, prima de navidad, prima de junio, prima de servicios, vacaciones aportes a

salud, pensión administradora de riesgos laborales y caja de compensación familiar; así como los valores dejados de percibir por concepto de dotación y en general todas las sumas a título de PRESTACIONES SOCIALES, que corresponden a la contraprestación de la labor desempeñada desde el año 2011 hasta el 2016, y en general todas las acreencias laborales acreditadas dentro del expediente.

Quinto: Se condene a la demandada SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ a cancelar o devolver las sumas que por retención en la fuente la demandada le descontó a mi mandante.

Sexta: Se condene a la demandada la SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ al reembolso de los aportes a seguridad social respectó a salud, pensión y riesgos laborales; pagos que PATRICIA PASTORA PEÑA GABILLERO tuvo que realizar sin tener obligación de ello.

Séptima: Se ordene a la SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ, al pago de los respectivos aportes a seguridad social, en todos sus niveles.

Octava: Se condene a la SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ, al pago de las acreencias laborales, prestaciones e indemnizaciones a las que tiene derecho una trabajadora de igual o mejor nivel que preste los mismos servicios.

Novena: Se ordene a la SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ, la devolución por conceptos indebidos en el pago de la retención en la fuente, practicada a la parte demandante de manera ilegal.

Decima: Se condene a la demandada la SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ, a titulo de sanción moratoria que se consagra en la Ley 244 de 1995, se ordene pagar a mandante, las sumas que resulten equivalentes a un día de salario por un día de mora en la consignación o pago de las cesantías desde el año 2011 hasta el año 2016 y hasta la cancelación efectiva de las mismas.

Decima Primera: Se ordene a la SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ a pagar sobre las diferencias adeudadas a mi poderdante las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precio al consumidor o al por mayor, indexación que debe ser ordenada mes a mes por tratarse de pagos de tracto sucesivo.

Decima Segunda: Se ordene a la SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Décima Tercera: Se condene a la SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTA, si este no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto dentro del artículo 192 del C.P.A.C.A. a pagar a favor de mi mandante los intereses moratorios, conforme lo ordena el artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A. y conforme a la sentencia C-602 del 2009 de la Honorable Corte Constitucional.

Décima Cuarta: Se condene en costas a la SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ conforme el artículo 188 del C.P.A.C.A.

Décima Quinta: Se condene a la entidad extra y ultra petita.

c. Normas violadas.

Invocó como normas vulneradas el preámbulo y los artículos 2, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128 de la Constitución Política; el artículo 10 del Código Civil; artículos 19, 36 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo; Decreto 1042 de 1978; Decreto 1750 de 2003, el Decreto 4171 de 2014; la Ley 80 de 1993; y el Decreto 2400 de 1968, entre otras disposiciones.

d. Concepto de violación.

Con cita de las normas legales anteriormente señaladas, el apoderado de la demandante aduce que el trabajo es una obligación social que debe ser protegida por el Estado, por lo tanto se deben garantizar todos los derechos que se derivan, no solo del contrato de trabajo, sino de figuras como el contrato de prestación de servicios. Como consecuencia de ello, al menoscabar y desconocer todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales como: cesantías e intereses, prima de navidad, prima de junio, prima de servicios, vacaciones, aportes a salud, pensión, administradora de riesgos laborales y caja de compensación Familiar, así como los valores dejados de percibir por concepto de dotación, todas las sumas a título de prestaciones sociales que corresponden a la contraprestación de la labor desempeñada desde el año 2011 hasta el 2016, y en general todas la acreencias laborales; se abandonan los convenios internacionales ratificados por Colombia a lo largo de la historia, así como se vulneran los derechos adquiridos los cuales son inalienables , irrenunciables e imprescriptibles.

Conforme a lo anterior, señala que los funcionarios competentes a través del acto acusado están vulnerando en forma manifiesta los preceptos constitucionales, porque la administración abusó de su competencia discrecional al negar los derechos a la demandada; así mismo, omiten la aplicación del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, independientemente de la denominación que se le haya dado como ordenes o contratos de prestación de servicios.

Señala que, según lo manifestado en la sentencia C-094 de 2003[1], el contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que tiene como objeto una obligación de hacer, que se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista, que tiene una vigencia temporal y que no genera prestaciones sociales por tratarse de un contrato estatal y no de una relación laboral, y que 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 incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.

Finalmente, arguye que en el presente caso PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO prestó sus servicios directamente a la entidad aquí demandada desde el 2011, tal y como se demuestra en las certificaciones y en los contratos suscritos con la SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA – FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ, que dicha prestación del servicio fue continua, bajo horarios, turnos, cronogramas supervisión y subordinación, de acuerdo a eso, las actuaciones de la entidad demandada han sido en contravía de la Constitución Política y la Ley; para el cual transcribe apartes de las sentencias C-154 de 1997, C-614 del 2014 y SU-040 de 2018 proferidas por la H. Corte Constitucional, y la sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01, proferida por el H. Consejo de Estado, entre otras[2].

II. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

a. Argumentos de la defensa.

El Doctor JAVIER ENRIQUE MORENO NIETO, en calidad de apoderado judicial de la SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA, contestó oportunamente el libelo inicial, pronunciándose sobre los hechos narrados en la demanda y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma,

---

[1] Corte Constitucional C-094 del 11 de febrero de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[2] C.E. Radicados 25000232500200300839 (1165-2010) del 2 de noviembre de 2012; 500123310001998035420 1 (0202-10) del 27 de enero de 2011; 25000232500020100037301 (2830-2013); IJ-0039 del 18 de noviembre de 2003; y 11001031500020130267900 del 20 de febrero de 2014, entre otras.

señalando que en desarrollo de la autonomía de las partes, serán válidos todos los acuerdos de voluntades que se pacten; que la regla general es la permisión para la entidad estatal de celebrar el contrato que estime necesario en desarrollo de su objeto, y que para que las partes estipulen las manifestaciones de voluntad que consideren conducentes, en aplicación de los principios generales previstos en la Ley 80 de 1993; por ende, los contratos de prestación de servicios son contratos estatales que tienen por objeto realizar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad.

Que las relaciones, obligaciones y derechos de la entidad demandada con la actora están reguladas para todos los efectos por los contratos de prestación de servicios celebrados, como quiera que la contratista, en ejercicio de sus libertades, se obligó a prestar los servicios conservando su autonomía en las gestiones o actividades encomendadas, pactando de manera expresa en cada contrato el régimen al que estaba sometida la relación jurídica, determinando que la única obligación pecuniaria era el valor pactado en los mismos.

Que el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ antes de la liquidación efectuada en septiembre de 2016 era un establecimiento público de orden distrital, creado por el Acuerdo 28 de 1982 del Concejo de Bogotá y adscrito a la Secretaría de Gobierno, que solamente mediante Acuerdo 257 de 2006 se autorizó la creación de la planta de personal del Fondo, que para lograr el oportuno cumplimiento de todas las funciones que le fueron asignadas se requería contratar el recurso humano necesario en las diferentes dependencias del Fondo, según el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; que este no fue el caso del demandante, puesto que sus obligaciones contractuales fueron reguladas para un apoyo a la gestión del fondo, las cuales se constituyeron en un asesoramiento en el cual en su momento se liquidaron los contratos sin objeción alguna.

Que la demandante suscribió los contratos de prestación de servicios libre de todo apremio y acordando con la entidad el cumplimiento de sus obligaciones pactadas, las cuales son independientes de las funciones de planta, que no existe ninguna reclamación durante el tiempo de ejecución de los contratos, y los mismos fueron liquidados de común acuerdo, que todos los honorarios pactados fueron debidamente cancelados y las partes se declararon a paz y salvo.

Presentó como excepciones la genérica o innominada y el cobro de lo no debido, considerando que en el presente caso no existe contrato realidad puesto que no se configuró la subordinación o dependencia, lo que se dio fue el cumplimiento de unas obligaciones pactadas y con apego a la legislación vigente para el momento del desarrollo de las mismas.

III. DEL TRÁMITE PROCESAL.

Admitida la demanda mediante auto del 6 de mayo de 2019 (fls. 70 y 71) y notificada electrónicamente a la SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD CONVIVENCIA Y JUSTICIA, al MINISTERIO PÚBLICO y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (fls. 74-76), habiendo la demandada constituido apoderado para la defensa de sus intereses (fls. 89 y ss.).

Una vez contestada la demanda y vencidos los respectivos traslados de ley, se realizó la audiencia inicial donde se saneó el proceso, se fijó el litigio a resolver y, como no hubo excepciones previas o mixtas que resolver, se corrió traslado al apoderado de la entidad para que presentara formula de conciliación del Comité de Conciliación y ante la postura asumida por la entidad demandada, se declaró fallida la conciliación y se dio apertura al periodo probatorio decretando de oficio las pruebas pertinentes y fijando fecha y hora para realizar la audiencia de pruebas.

Celebrada la audiencia de pruebas el 3 de marzo de 2020 donde se recepcionaron el interrogatorio de parte y los testimonios decretados y, al observarse que no existen más pruebas por decretar y por considerar que el material probatorio allegado es suficiente para decidir el presente asunto, se declaró clausurado el periodo probatorio y, en consecuencia, se corrió traslado a los apoderados de las partes y al agente del Ministerio Público para que alegaran de conclusión por escrito.

El apoderado judicial de la parte actora, en su alegato conclusivo, se ratificó en los fundamentos facticos y jurídicos de las pretensiones, solicitando al despacho se de aplicación al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, ya que de las pruebas practicadas se puede demostrar que la demandante no laboró con autonomía técnica, administrativa ni financiera, en el desarrollo de la relación contractual suscrito con la entidad. Que la relación laboral

entre la demandante y la entidad no se puede considerar como esporádica, pues, requirió la prestación del servicio por más de 5 años, por lo que en el presente caso se configura el denominado por vía jurisprudencial “contrato realidad”, el cual aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones.

Que la entidad demandada le dio un uso indebido a la figura del contrato de prestación de servicios y, por lo tanto, se le deben reconocer las prestaciones sociales y todos los emolumentos a que tiene derecho la demandante como consecuencia de la relación laboral que tuvo con la entidad, toda vez que cumple los elementos esenciales del contrato laboral como lo son; la prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación y la subordinación, los cuales están demostrados en las pruebas documentales y testimoniales aportadas al proceso, donde se evidencia que la demandante realizaba funciones con el fin de contribuir al cumplimiento de la misión institucional; por ende, son procedentes las declaraciones y condenas pretendidas.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada en su alegación final refirió que en el expediente se probó que los contratos de prestación de servicios fueron suscritos y desarrollados de acuerdo a los lineamientos de la Ley 80 de 1993, que el contratista en ejercicio de sus propias libertades se obligó a prestar los servicios conservando su autonomía en las gestiones encomendadas, habiendo pactado el régimen al que estaba sometida la relación jurídica con la entidad, siendo el valor establecido la única obligación pecuniaria a cargo de la contratante.

Que habiéndose creado el Proyecto 383 “Numero Único de Seguridad y Emergencias (NUSE 123)” el cual correspondía a la misión del Fondo únicamente en cuanto a prestar apoyo a las entidades encargadas de la seguridad del distrito, en lo que respecta a los recursos, en la logística del desarrollo de diferentes proyectos y la celebración de contratos de prestación de servicios; los cuales aclara que no fueron realizados para cumplir funciones misionales propias del Fondo sino en desarrollo del soporte al mencionado proyecto, que inició como un experimento y una vez comprobada su importancia, se convirtió en el NUSE 123 de Bogotá, sistema encargado de recibir llamadas en eventos de seguridad y emergencias, caracterizando los incidentes y tramitándolos hacia las agencias inscritas a la línea

en forma coordinada; así fue creada su propia planta de personal, cumpliendo todos los requisitos legales y de esta manera finalizando los contratos de prestación de servicios por cuanto se efectuaron los nombramientos en la recién creada planta de personal.

Que lo anterior fue corroborado por los testigos LUIS CARLOS HÉRNANDEZ PEÑA y PEDRO PABLO DUARTE URIZA, cuyos testimonios si bien no se tacharon se encuentran afectados en su credibilidad e imparcialidad por cuanto adelantan procesos judiciales en contra de la misma entidad demandada en el presente proceso, esto es en contra del FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ – hoy liquidado-. Que en la absolución de los testimonios, se manifestó por los deponentes que todos los contratos se interrumpían por lapsos de más de un mes y que en la sala donde se prestaba el servicio se encontraban otros funcionarios ajenos al Fondo, quedando así probado que la entidad no contrataba la prestación de servicios para cumplir con actividades propias sino para apoyar a otras instituciones. Que dadas las características del servicio según el cual se debe atender sin interrupción las 24 horas, no se trata de subordinación o dependencia sino que al momento de dejar de atender en debida forma la línea, se puede poner en riesgo una vida o permitir la impunidad de algún delito; por tanto, se especificó claramente en el contrato el tipo de actividades y la forma de prestación de las mismas. Que incluso la misma accionante en su declaración de parte manifiesta que aplazó un contrato por cuatro meses por lo que no puede hablarse entonces de que existía subordinación.

Que las actividades desarrolladas mediante contrato de prestación de servicios no tienen equivalencias con ningún cargo de planta de la entidad por cuanto el Proyecto 383 se ejecutó con el objeto de determinar si el número de atención para emergencias se podía consolidar o, por el contrario, se debía reformar o crear otro tipo de proyecto para tal finalidad. Que una vez culminado dicho ensayo, se consolidó el proyecto y se dejó de contratar por prestación de servicios, pasando a desarrollarse la actividad con personal de planta. Finalmente, indica que como no se configuraron contratos laborales y que la actuación de la administración se ajustó a la legislación vigente, solicita desestimar las pretensiones.

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 E-00007-201803021-FVS Id Control 56029 del 21 de noviembre de 2018, mediante el cual la Gerente Liquidadora del FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ - hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA CIUDADANA, negó el reconocimiento de una relación laboral con PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO, por haber prestado sus servicios de apoyo en la recepción y asignación de llamadas de la línea 123 entre el 28 de diciembre de 2011 hasta el 30 de enero de 2016, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, con el consecuente reconocimiento de las acreencias laborales.

b. Tesis de la parte demandante.

Como la vinculación del actor 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 de planta.

c. Tesis de la parte demandada.

Como el demandante fue contratado a través de la figura del contrato de prestación de servicios y no se probaron los elementos constitutivos de una relación laboral, el actor 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 del 8 de noviembre de 2018 elevado por PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO a través de apoderado, ante el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ – en liquidación, deprecando el reconocimiento de un contrato realidad y el pago de los derechos laborales y prestaciones sociales propios de un contrato laboral (fls. 21-23).

- Oficio E-00007-201803021-FVS Id Control 56029 del 21 de noviembre de 2018, suscrito por la Gerente Liquidadora del FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ – en liquidación, mediante el cual dio respuesta negativa al requerimiento (fls 26-27).

- Fotocopia de los contratos de prestación de servicios 830 de 2011, 650 de 2012, 078 de 2013, 0799 de 2013, 0330 de 2014, 248 de 2015 (fls. 32-53).

- Fotocopia del certificado de retenciones para los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 (Fls. 57-61).

- Fotocopia de la conciliación extrajudicial fallida, celebrada entre las partes ante la Procuraduría General de la Nación (fls. 62-65).

- Copia del expediente administrativo del demandante en medio magnético, que incluye contratos de prestación de servicios, con sus respectivos soportes entre los que se encuentran los estudios previos, póliza de seguro de cumplimiento, informes mensuales, liquidación del contrato, hoja de vida con soportes, pagos a seguridad social, entre otros (CD fl. 102).

- Certificación de los contratos suscritos entre las partes (fls. 109 a 111).

- Copia de las Resoluciones 031 de 2007, 040 de 2012, 209 de 2014, 166 de 2015, mediante las cuales se adopta y modifica el Manual de Funciones del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá; y las Resoluciones 001 y 002 de 2016 por las cuales se suprimen los empleos de la señalada entidad y se adopta el Manual de Funciones del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá en Liquidación, respectivamente (CD fl.112)

- Interrogatorio de parte de PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO y testimonios de PEDRO PABLO DUARTE URIZA y LUIS CARLOS HERNÁNDEZ PEÑA (fls. 117-119 CD).

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?

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 out sourcing.
(…)

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[3], 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,

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

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 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 el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ - hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA CIUDADANA, utilizó dichos contratos para ocultar o simular una verdadera relación laboral.

Del escaso caudal probatorio allegado legalmente a la actuación, se desprende que entre el 28 de diciembre de 2011 y el 30 de enero de 2016, de manera interrumpida la demandante PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO prestó sus servicios personales al FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ, para realizar labores de "*apoyo a la gestión*" mediante la suscripción de diversos contratos estatales denominados "Contrato de Prestación de Servicios" cuyo objeto consistió en *"prestar servicios de apoyo a la gestión en el marco del proyecto 383, en la recepción y tramite hacia la agencias, de las llamadas que sean recibidas en la línea 123"*, como a continuación se discriminan: **830 de 2011**, ejecutado del 28 de diciembre de 2011 al 14 de julio de 2012; **650 de 2012**, ejecutado del 4 de septiembre de 2012 al 03 de enero de 2013; **078 de 2013**, ejecutado del 14 de febrero al 13 de agosto de 2013; **799 de 2013,** ejecutado del 02 de septiembre de

2013 al 16 de julio de 2014; **330 de 2014**, ejecutado del 22 de agosto de 2014 al 21 de febrero de 2015; y **248 de 2015** ejecutado del 16 de marzo de 2015 al 30 de enero de 2016; donde las obligaciones contractuales, si bien varían levemente, en general señalan:

2.6. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

2.6.1. OBLIGACIONES ESPECIFICAS: 1). Recibir y procesar las llamadas de personas que reportan eventos o incidentes sobre situaciones de seguridad y emergencias. **2).** Operar las funcionalidades, herramientas y recursos que le ofrece el Sistema, acorde con el Manual de Operación. **3).** Adelantar procesos de análisis, validación e información de llamadas. **4).** Mantenerse actualizado respecto a los cambios que se realicen en el Manual de Operación, a los códigos de tipificación de incidentes y la georeferenciación de Bogotá. **5).** Participar activamente dentro de los procesos de capacitación y re-inducción que se programan por parte de la Coordinación del NUSE 123. **6).** Transferir a las agencias requerimientos de asistencias para la prestación material de servicios de ayuda. **7).** Reportar incidentes de alta prioridad al jefe de estación y/o jefe de turno.**8).** Cumplir con el manejo adecuado de las herramientas tecnológicas para el desarrollo de labor. **9).** Apoyar a la Coordinación del NUSE en las labores que le sean asignadas con ocasión de alguna eventualidad que altere la seguridad de la ciudad o ante situaciones de emergencia que requieran del concurso rápido y oportuno de todo el personal operativo, lo anterior con el fin de garantizar la continuidad del servicio. **10).** Atender de manera oportuna y eficaz a todos los usuarios de la línea 123 dando un trato digno que ayude a mejorar la condición en que se encuentran mientras se diligencia la ayuda a la agencia correspondiente, realizando el trámite completo a todos los incidentes que de acuerdo al protocolo de atención.

2.6.2 OBLIGACIONES GENERALES. 1). Suscribir oportunamente el Acta de Inicio del contrato de prestación de servicios conjuntamente con el supervisor del mismo. **2).** Dar cumplimiento a la Resolución 114 de 2012 "Código de Ética" del FVS. **3).** Dar trámite oportuno a los asuntos que le sean asignados en desarrollo de las obligaciones contractuales **4).** Prestar los servicios contratados de manera eficaz y oportuna, así como atender los requerimientos que le sean efectuados por el supervisor del contrato y/o la Gerencia. **5).** Cumplir con el objeto y las obligaciones contractuales conservando un comportamiento de cordialidad y buen trato con las autoridades y entidades sujeto de atención del FVS así como con los funcionarios y contratistas de la entidad, tanto en las instalaciones de la misma como donde quiera que se desarrollen las actividades derivadas del contrato. **6).** Informar sobre los actos o conductas irregulares o ilícitas de los cuales tenga conocimiento, que sean realizados por cualquier persona relacionada con los proyectos y las actividades a cargo de la entidad. **7).** Guardar la debida reserva y confidencialidad sobre la información y el contenido de los documentos que deba conocer con ocasión del contrato de prestación de servicios. **8).** Hacer entrega al supervisor del contrato informes de gestión sobre las actividades realizadas durante el periodo de ejecución, con los soportes correspondientes, incluyendo el seguimiento y evaluación de los contratos sometidos a su supervisión, si a ello hubiere lugar. **9).** Mantener al día sus pagos al sistema general de seguridad social en salud y pensiones, los cuales deberán ser liquidados de acuerdo al Decreto 1703 de 2002, a la Ley 797 de 2003 y el Decreto 510 de 2003 y la ley 1562 de 2012, y presentadas las constancias antes de cada pago ante el supervisor. **10).** Hacer buen uso de los elementos y equipos que le sean asignados para el desarrollo del presente contrato así como de la información y hacer entrega oportuna de los mismos al supervisor del contrato, al momento de la terminación. **11).** En caso de hurto, pérdida, destrucción o daño proveniente del uso normal de materiales, equipos,

> elementos y en general de cualquier bien que el FVS le haya suministrado al Contratista para el desarrollo del objeto contractual, éste deberá reportar dicho siniestro a la Subgerencia Administrativa y Financiera así como a Almacén aportando un informe de lo sucedido y el correspondiente denuncio ante la autoridad competente. En el evento que la Aseguradora niegue la indemnización, el Contratista deberá reponer el bien en iguales o mejores condiciones del entregado; si lo indemnizado no alcanzare a cubrir el valor de reposición y el Contratista no efectuare el correspondiente pago antes del acta de liquidación, el FVS queda autorizado para deducir de los saldos pendientes a favor del Contratista las correspondientes sumas. **12).** Supervisar los contratos u órdenes que le sean asignados por la Gerencia, verificando y controlando la ejecución de los mismos, atendiendo lo señalado en el contrato y en el manual de Supervisión e Interventora del FVS. **13).** Prestar los servicios contratados de manera eficaz y oportuna, así como atender los requerimientos que le sean efectuados por el supervisor del contrato y/o la Gerencia. **14).** Cumplir estrictamente, con el sistema integrado de gestión, compuesto por el Modelo Estándar de Control Interno -MECI-, la Gestión de Calidad y el Plan Institucional de Gestión Ambiental -PIGA-, comprometiéndose a mantenerse informado, a participar activamente en las actividades que se adelanten y a conocer de forma integral las normas pertinentes para su cumplimiento, las cuales podrán ser consultadas a través del portal web de la entidad, todo lo anterior con el fin de aprovechar de forma responsable los recursos e insumos que la entidad pone a su disposición, tales como: el agua, la energía, los elementos de oficina, cumpliendo con el proceso de separación en la fuente de los residuos sólidos y los demás procesos de la entidad que conlleven al mejoramiento ambiental de la ciudad. **15).** El CONTRATISTA al momento de finalizar el plazo de ejecución del contrato, se obliga a entregar en medio magnético (archivo en formato Word o Excel, dependiendo el caso) todo el trabajo realizado en virtud de la ejecución de su contrato junto con un informe final en medio físico y magnético, el cual detalle y precise cada una de las actividades desarrolladas durante la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que ello forma parte de la memoria institucional del FVS. **16).** Las demás obligaciones que se deriven y tengan estricta relación con el objeto del contrato.

De la declaración de parte vertida por la demandante PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO se desprende que suscribió contratos de prestación de servicios con el FVS cuyo objeto era prestar apoyo al Proyecto NUSE 123, consistente en la recepción y trámite de las llamadas de la línea de emergencias 123, que dichos contratos tuvieron diversos periodos de duración (1, 6 o 9 meses, etc.), y que siempre al finalizar los mismos se interrumpía la vinculación hasta la suscripción del siguiente contrato, tiempo durante el cual no prestaba el servicio y, por ende, no recibía remuneración. Que cumplía con un horario de trabajo por turnos de 48 horas semanales[4] que eran dispuestos por su supervisor o jefe inmediato, identificado como HERNAN (no recuerda el apellido), un coronel (no recuerda el nombre) y MARTHA RODRÍGUEZ, y que el horario de trabajo era controlado por medio de una minuta, del registro en sistema de cómputo y del ingreso de la clave personal en el equipo al momento de iniciar labores, luego les asignaron un carné que era

[4] Turnos de trabajo de 10 p.m. a 6 a.m., de 6 p.m. a 10 p.m., de 12 m. a 6 p.m., de 6 a.m. a 12 m., descansaban día y medio y empezaba la secuencia nuevamente.

escaneado, y que la planta de operadores de recepción estaba integrada únicamente por contratistas y por personal de la Policía Nacional.

Aduce que el servicio se prestaba de manera personal, en las instalaciones dispuestas por la entidad, y para el cual debía seguir el manual de procedimientos establecido para tal fin. Que para efectos del pago debía presentar una cuenta de cobro y el informe mensual de las actividades desarrolladas que debían ser autorizadas por el supervisor, que de lo pagado mensualmente por la entidad debía pagar salud, pensión y riesgos laborales y que no se le reconocieron prestaciones sociales. Que en caso de no poder cumplir el turno debían reponerlo en su tiempo de descanso, que no se podían retirar del puesto de trabajo sin autorización previa y en caso de incapacidad médica igualmente debía cumplir su turno de trabajo.

Las anteriores circunstancias de tiempo, modo y lugar fueron confirmadas de forma unánime por los testimonios de LUIS CARLOS HERNÁNDEZ PEÑA y PEDRO PABLO DUARTE URIZA, antiguos compañeros de trabajo, quienes añadieron que en algún periodo de tiempo la demandante solo tenía turnos de día por cuestiones de salud.

Que si bien se echa en falta un mayor esfuerzo probatorio por parte del extremo activo, como quiera que de conformidad con el artículo 167[5] del Código General del Proceso (aplicable a esta jurisdicción por remisión expresa del Articulo 211 del C.P.A.C.A.), es a la parte demandante a quien le corresponde demostrar los elementos esenciales de una relación de trabajo, y habida cuenta que el interrogatorio de parte fue decretado oficiosamente por parte del despacho, no es menos que la H. Corte Constitucional en la Sentencia SU-040 de 2018[6], tras analizar una acción de tutela presentada por una trabajadora que operaba la línea de emergencias 123 y que estaba vinculada mediante contratos de prestación de servicios al FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ, encontró que la modalidad de dicho contrato tiene características que permiten inferir que se trató de un contrato realidad, al evidenciar que la accionante cumplía un horario, recibía órdenes directas y trabajaba con instrumentos y equipos que pertenecían al Fondo de Seguridad del Distrito, ordenando pagar a la actora las prestaciones sociales

[5] **Carga de la prueba**. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.
[6] SU-040 del 10 de mayo de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

dejadas de percibir durante el término de ejecución del contrato, y para el cual consideró que:

> **7.2.1.** Como quedó establecido, la señora María Eugenia Leyton fue vinculada al Fondo de Vigilancia y Seguridad, hoy Secretaria Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia, para desempeñarse como operador de recepción en la línea de emergencias 123, por el término de diez (10) meses, entre el 23 de junio de 2015 y el 22 de abril de 2016, bajo la vigencia de una política pública de inclusión laboral de personas con discapacidad del gobierno distrital anterior. El contrato de prestación de servicios 0642 de 2015 tenía como objeto "prestar apoyo a la gestión como operador de línea en el marco del proyecto 383, en la recepción y trámite hacia las agencias de las llamadas que sean recibidas en la Línea 123.
>
> 7.2.2. Teniendo en cuenta lo anterior, para esta Sala la señora María Eugenia Leyton se encontraba ejecutando labores, por sí misma, evidentemente relacionadas con el giro ordinario de las actividades de la entidad accionada, toda vez que su cargo de operador de recepción en la línea de emergencias 1, 2, 3, lo desempeñaba con elementos y equipos asignados por la entidad, en los turnos asignados por el supervisor del contrato. En efecto, las actividades mencionadas son claramente acciones que se deben llevar a cabo día tras día en la entidad y con los implementos físicos y tecnológicos suministrados y, por tratarse de un cargo de operador de recepción en la línea de emergencia y seguridad, las mismas no se ejecutaban de manera independiente y sin encontrarse bajo la subordinación de algún superior. Por lo cual, en realidad, no se trata de una actividad especial o que deba realizarse sólo en un periodo determinado sin cumplir órdenes o exigencias específicas de un empleador.
>
> Adicionalmente, el valor que recibiría la accionante como pago periódico por sus servicios podría tenerse como la remuneración propia de una relación laboral. En ese contexto, teniendo en cuenta que las funciones ejercidas por la señora Leyton pertenecen al giro ordinario del Sistema Integrado de Seguridad de la administración local, para las cuales, se repite, la accionante no podía actuar de manera independiente ni fuera de su horario, y que, en contraprestación recibía un pago, puede afirmarse que, **aunque el contrato hubiese sido denominado "de prestación de servicios", en realidad se trata de un "contrato realidad" al evidenciarse sus elementos constitutivos y característicos.**
> **(Negrilla del juzgado)**
>
> 7.2.3. En virtud de este escenario, la sala encuentra que la vinculación de la accionante puede enmarcarse dentro de las opciones permitidas por la Directiva 010 de 2015 dentro de la planta temporal de la entidad distrital a través de un contrato que reúne todas las características de lo que la jurisprudencia ha llamado "contrato realidad" por el término de diez (10) meses, tiempo durante el cual, debió recibir las prestaciones legales correspondientes.
> (…)

Visto lo anterior, se evidencia que el caso examinado por la H. Corte ciertamente posee elementos comunes con el *sub lite,* dado que en ambos eventos la contratación por prestación de servicios se realizó con el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ, y cuyo objeto fue el prestar apoyo a la gestión del proyecto 383 en la recepción y trámite de las llamadas recibidas en la Línea 123, y como quiera que ambas vinculaciones se ejecutaron de manera simultánea en lo

que respecta al último contrato suscrito por PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO[7]; por ende, como ambas vinculaciones se desarrollaron en las mismas circunstancias de tiempo modo y lugar, no resultaría razonable pretender que las condiciones de prestación del servicio de la acá demandante fueran disimiles de las analizadas en la mencionada sentencia de unificacion, máxime cuando resultan acordes con la declaración de parte y los testimonios recopilados en el presente caso.

Así, analizado el acervo probatorio de manera conjunta, a la luz de los principios que rigen la sana crítica, y en especial la referida sentencia de unificación del máximo tribunal constitucional, se colige que la vinculación de la actora al FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ - hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA CIUDADANA, para que cumpliera labores de "apoyo a la gestión del proyecto 383 en la recepción y asignación de llamadas de la línea 123" fue **personal, subordinada, remunerada y permanente,** motivo por el cual los contratos estatales *ut supra* simularon 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 dispuestos por la entidad contratante, era vigilada y controlada por sus jefes inmediatos, no fue temporal porque se prolongó por más de cuatro años, y donde la demandada le suministraba los elementos de trabajo para cumplir con su labor, entre otros aspectos.

Siendo la labor de "apoyo a la gestión del proyecto 383 en la recepción y asignación de llamadas de la línea 123" inherente al objeto social del FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ - hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA CIUDADANA 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, más exactamente con las del cargo denominado *auxiliar administrativo código 407 – grado 18*, como consta en la Resolución 001 de 2016 "por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones, requisitos y Competencias Laborales para

[7] Contrato 248 de 2015, del 16 de marzo de 2015 al 30 de enero de 2016.

los empleos de planta de personal de la SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA (visible en la página web de la entidad), cargo que tiene como propósito principal "*recepcionar y tramitar hacia las agencias las llamadas que sean recibidas en el NUSE línea 123*" , 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 entidad en la contestación de la demanda al exponer que el contrato de prestación de servicios fue celebrado conforme las facultades que tiene la administración y acorde a la ley, cuando precisamente al examinar la ejecución del mismo se establece que oculta o simula 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, como lo advierte la H. Corte Constitucional en las sentencias C - 614 de 2009 y C - 171 de 2012, entre otras, cuando se observa que el Numero Único de Seguridad y Emergencias (NUSE) 123, fue creada con el fin de unificar las agencias que atienden las emergencias de Bogotá tales como la Secretaría de Salud, Secretaría de movilidad, Policía Nacional, Bomberos, entre otras, y la cual funciona de manera ininterrumpida las 24 horas del día los 7 días de la semana.

- **De la prescripción:**

Ahora bien, teniendo en cuenta que la demandante tuvo varios periodos de vinculación con el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ - hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA CIUDADANA, entre los que se presentaron varias interrupciones[8], situación que fue ratificada por la

[8] Según las copias de los contratos celebrados incluyendo prorrogas, así: entre el 15 de julio de 2012 al 3 de septiembre de 2012 (33 días hábiles), entre el 04 de enero al 13 de febrero de 2013 (27 días hábiles), entre el 14 de agosto al 1 de septiembre de 2013 (12 días Hábiles), entre el 17 de julio al 21

demandante y los testigos durante las declaraciones vertidas, donde informaron que la relación laboral siempre se interrumpía al momento de terminación de cada contrato por un mes o más, hasta la suscripción del siguiente, y habida cuenta que en el *sub judice* la petición se presentó por la demandante ante el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ el **8 de noviembre de 2018**, siendo su obligación acudir ante la entidad a reclamar sus derechos laborales dentro de los tres (3) años siguientes a la finalización de la relación, se debe aplicar el fenómeno de la prescripción al periodo anterior al 8 de noviembre de 2015; no obstante, como para esa fecha se encontraba vigente el vínculo contractual desde el **16 de marzo de 2015**[9], la reclamación de los derechos salariales y prestaciones del periodo anterior a esta fecha se encuentra prescrita de conformidad con el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado, consolidado con las sentencias del 9 de abril de 2014[10], 27 de abril de 2016[11] y 16 de junio de 2016[12] **de la Subsección A**, en el que se enfatiza que la petición de declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los tres años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, y el **auto** del 4 de febrero de 2016[13] de la **Subsección B** de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado. Tesis que fue complementada con las sentencias de tutela de la Sección Quinta del H. Consejo de Estado del 14 de mayo de 2015[14], el 7 de septiembre de 2015[15] y 18 de febrero de 2016[16], entre otras, que a juicio de este juez merecen ser atendidas dada la imprescriptibilidad de la pensión y, por ende, de los aportes que por dicho concepto debe hacer el empleador.

---

de agosto de 2014 (24 días hábiles), y entre el 22 de febrero al 15 de marzo de 2015 (15 días hábiles), adicional a eso existió una suspensión del contrato 830 de 2011 por el termino de 4 meses por cuestiones de salud

[9] Según el Contrato 248 de 2015, que dio inicio 15 días hábiles después de haber finalizado el contrato 330 del 22 de agosto de 2014.

[10] Radicación: 20001-23-31-000-2011-00142-01 (0131-13), M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

[11] Radicación 66001 23 31 000 2012 00241 01, (2525-14) M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

[12] Radicación 08001 23 31 000 2003 02249 01, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

[13] Radicación 27001 23 31 000 2013 0334 01, (3275-14) M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

[14] Radicación 11001 03 15 000 2014 01611 01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez.

[15] Radicación 11001 03 15 000 2015 01812 00, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

[16] Radicación 11001 03 15 000 2015 02669 01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Al respecto, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016[17] sobre la imprescriptibilidad de los aportes para pensión, destacó:

> "….Por consiguiente, como quiera que el último de los contratos suscritos por la accionante culminó el 30 de diciembre 1997 y la reclamación la formuló el 16 de octubre de 2012, esto es, por fuera de los tres años señalados como el término de la prescripción extintiva, no resulta procedente conceder los emolumentos deprecados, por cuanto no se reclamaron oportunamente.
>
> Pese a lo anotado, en atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, tal como se explicó en precedencia, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.
>
> **3.5** Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:
>
> **i)** Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.
>
> **ii)** Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.
>
> **iii)** Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.
>
> **iv)** Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de

[17] Radicación 23001233300020130026001 (0088-2015). MP Carmelo Perdomo Cuéter.

> la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).
>
> **v)** Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.
>
> **vi)** El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).
>
> **vii)** El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De modo que, acorde con el precedente judicial unificado de nuestro Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en el *sub judice* no se aplicará el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión del periodo comprendido entre el **28 de diciembre de 2011 al 21 de febrero de 2015** -ni los siguientes-, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.

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

En sentencia unificadora del 25 de agosto de 2016[18] 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

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

> 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 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[19] y prestacionales[20]** un *Auxiliar Administrativo Código 407 grado 18* par de planta o uno equivalente de la SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA, **y lo pagado** a la actora entre el **16 de marzo de 2015 y el 30 de enero de 2016** por el

[19] 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.

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

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.

Ahora, en cuanto al periodo de vinculación contractual comprendido entre el **28 de diciembre de 2011** al **21 de febrero de 2015**, salvo lo concerniente a los aportes para pensión, las consecuencias salariales y prestacionales del contrato real se hallan **prescritas**. De manera que, con relación a este periodo, se ordenará a la entidad demandada reconocer y pagar a favor de PATRICIA PASTORAPEÑA GARIBELLO **únicamente** lo adeudado por concepto de aportes para pensión, en la proporción que le corresponda al empleador, debidamente indexados, y para el cual debe girar los recursos al Fondo de Pensiones que acredite la demandante tomando como ingreso base de cotización el valor pactado en los contratos de servicios suscritos, por el tiempo de duración de estos.

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 a la demandante indemnización de perjuicios por concepto de suministro de calzado y labor, por cuanto no se cumplen los requisitos del artículo 1 de la Ley 70 de 1988, ni factor extralegal o convencional alguno toda vez que, además de no haberse precisado su existencia y vigencia, no se expuso su fundamento constitucional o legal, máxime cuando 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.

No se accederá a la pretensión que versa sobre la devolución del importe correspondiente a la totalidad de los descuentos efectuados por concepto de retención en la fuente, como quiera que dichas sumas retenidas son un mecanismo de recaudo de impuesto anticipado que fueron trasladados a la DIAN, entidad que no fue vinculada dentro del presente proceso, y no reposa información en el expediente que indique si la demandante fue o no declarante de renta durante la época de prestación del servicio y, en todo caso, debe observarse que tanto los

contratistas como los servidores públicos están obligados a pagarla sobre sus ingresos.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto acusado y, por ende, la existencia de la relación laboral entre PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO y el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ - hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA CIUDADANA 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 *Auxiliar Administrativo Código 407 grado 18* par de planta o equivalente de la entidad entre el **16 de marzo de 2015 y el 30 de enero de 2016**, según la duración del contrato suscrito por el demandante, debiendo tener en cuenta las interrupciones y las sumas percibidas con ocasión del mismo.

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 y dada la imprescriptibilidad de los aportes para pensión según la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016[21] de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado. 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 acreditado el demandante 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 8 de noviembre 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 (30 de

[21] Radicación 23001233300020130026001 (0088-2015). MP Carmelo Perdomo Cuéter.

enero de 2016), 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, se declarará la prescripción del pago de salarios y prestaciones con anterioridad al 21 de febrero de 2015, excepto lo relacionado con los aportes para pensión.

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 del acto administrativo contenido en el Oficio E-00007-201803021-FVS 56029 del 21 de noviembre de 2018, por medio del cual la Gerente del FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ –en liquidación- negó el reconocimiento y pago de los derechos laborales y prestacionales a PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO, derivados de la relación que existió entre las partes, de conformidad con lo expuesto.

Segundo.- Declarar la existencia de una relación laboral entre el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ - hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA CIUDADANA y PATRICA PASTORA PEÑA GARIBELLO, entre los periodos comprendidos entre el 28 de diciembre de 2011 al 30 de enero de 2016, de conformidad con lo expuesto.

Tercero.- Declarar prescritos los efectos salariales y prestacionales producto de la existencia del contrato realidad entre PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO y el FONDO DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD DE BOGOTÁ - hoy SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA CIUDADANA, entre el 28 de diciembre de 2011 hasta el 21 de febrero de 2015, salvo lo concerniente a los aportes para pensión, de conformidad con lo expuesto.

Cuarto.- Ordenar, a título de restablecimiento del derecho, a la SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA CIUDADANA, reconocer y pagar a PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO, identificada con C.C. 39.653.467, las diferencias que surjan entre lo devengado por concepto de salarios y prestaciones por un Auxiliar Administrativo*, Código 407, Grado 18* par de planta o equivalente de la entidad*,* entre el 16 de marzo de 2015 y el 30 de enero de 2016, según la duración de los contratos suscritos por el demandante –observando las interrupciones y/o

suspensiones- y las sumas percibidas con ocasión de los mismos, acorde con lo probado y expuesto.

Quinto.- Ordenar la SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA CIUDADANA consignar los aportes, en la proporción que como empleador le corresponda, **únicamente por concepto de pensión** al fondo de pensiones en que el actor haya estado afiliado entre el 28 de diciembre de 2011 y el 21 de febrero de 2015; de conformidad con lo expuesto.

Sexto.- Ordenar a la SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA CIUDADANA 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 el actor haya estado afiliado entre el 16 de marzo de 2015 y el 30 de enero de 2016; acorde con lo expuesto.

Séptimo.- Ordenar a la demandada, o quien haga sus veces, pagar al actor 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.

Octavo.- Ordenar a la SECRETARÍA DISTRITAL DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA CIUDADANA realizar los descuentos que por concepto de aportes para seguridad social deba efectuar PATRICIA PASTORA PEÑA GARIBELLO, entre el 16 de marzo de 2015 y el 30 de enero de 2016, 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.

Noveno.- 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.

Décimo.- 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.

Undécimo.- Denegar las demás súplicas de la demanda.

Duodécimo.- 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

APGR/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:
10f2d4f7f3ef32ebc97a4ea0b6cc8a276cca11e53bb8b7c6059c1cbe8d225610
Documento generado en 31/07/2020 08:37:31 a.m.