

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Clase de Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **ARENA CONSTANZA VILLAMIZAR ARDILA**
Demandado : **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**
Radicación : **11001334204720190007300**
Asunto : **Contrato realidad**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente.

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA:

1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Con fundamento en los artículos 187 y 189 del CPACA, procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulada por el artículo 138 ibídem, promovida por la señora **ARENA CONSTANZA VILLAMIZAR ARDILA**, actuando mediante apoderado judicial contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**.

1.1.2 PRETENSIONES

(...)

PRIMERO.- Se declare la **nulidad** del siguiente acto administrativo:

Oficio N° 690 del 10 de octubre de 2018, correspondiente al número 0099265, consecutivo 2018-99265, suscrito por el Teniente Coronel (RA) JUAN CARLOS LARA LOMBANA en calidad Subdirector Administrativo de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** a través de la cual la entidad NEGÓ la reclamación de mi poderdante.

SEGUNDO.- A manera de **Restablecimiento del derecho** se ordene:

2.1 Condenar a la accionada a reconocer y pagar a favor de mi poderdante los siguientes conceptos salariales, prestacionales e indemnizatorios, causados durante el tiempo que laboró para la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** como abogada, teniendo en cuenta para ello todos los factores salariales e indemnizatorios que para dichos efectos establece la ley estos son:

Cesantías
Intereses sobre las cesantías
Prima de Servicios
Vacaciones
Horas extras
Indemnización por no pago cesantías
Salarios descontados sin justa causa
Reembolso por el pago de seguridad social y parafiscales consignados por mi poderdante
Indemnización moratoria-Artículo 64 del C.S.T-
Indexación

LIQUIDACIÓN 2015	5.948.565,00
LIQUIDACIÓN 2016	5.747.611,00
PARAFISCALES 2015	3.271.532,00
PARAFISCALES 2016	3.355.102,00
HORAS EXTRAS 2015	610.020,00
HORAS EXTRAS 2016	942.480,00
INDEMNIZACIÓN MORATORIA	66.434.368,00
INDEMNIZACIÓN POR NO PAGO CESANTINAS	25.132.800,00

DESCUENTO INJUSTIFICADO -incapacidad enfermedad Varicela-	1.200.000,00
TOTAL	\$ 112.642.478.00

2.2. Los salarios y prestaciones sociales que debía devengar la demandante, entre ellas, las primas, sobresueldos, bonificaciones y demás beneficios que fueron dejados de percibir desde la fecha en que se hizo efectiva la desvinculación a la Entidad y hasta el momento en que sea reintegrada, las sumas respecto de las que depreca su indexación.

Para los efectos de prestaciones sociales en general, se declarará que ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del empleado que demanda.

TERCERO.- Condenar a la entidad demandada al pago de costas procesales.

CUARTO.- Condenar solidariamente al representante legal y/o directivos de la entidad responsable de la desvinculación del actor.

QUINTO. Condenar a la Entidad demandada a actualizar el pago salarial de mi poderdante al IPC, esto para que lo asignado no pierda poder adquisitivo.

SEXTO. Que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL- al pago de los dineros que mi poderdante dejó de percibir debido a la no actualización del pago.

SÉPTIMO. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.1.3. HECHOS¹

1.1.3.1. Hechos Relevantes.

Los principales hechos se resumen así:

1. La accionante fue contratada por el área de Talento Humano de CREMIL bajo la figura de contrato de apoyo a la gestión con el fin de apoyar al área de Oficina Asesora Jurídica en el área de Prestaciones Sociales y Sentencias y Liquidaciones en la ciudad de Bogotá, ejerciendo la defensa judicial y extrajudicial dentro de los procesos que hace la entidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ordinaria y la Procuraduría General de la Nación, realizando todas las actuaciones administrativas tendientes a dar cumplimiento a las sentencias proferidas por los distintos despachos judiciales de acuerdo a las necesidades establecidas por el jefe de la oficina asesora de jurídica y/o el supervisor del contrato.
2. El periodo de contratación de la accionante fue del 13 de enero de 2015 al 18 de diciembre de 2015 y del 1º de febrero de 2016 al 16 de diciembre de 2016.
3. Durante la prestación del servicio, a la demandante se le reconoció por sus servicios las cantidades pactadas en los contratos, de manera mensual, previa exigencia de contar con póliza de cumplimiento, afiliaciones al Sistema de Seguridad Social y el pago al día.
4. El día 19 de septiembre de 2018 la accionante elevó solicitud de reconocimiento y pago las prestaciones, teniendo en cuenta la configuración de un contrato realidad bajo el consecutivo 20180098900.

¹ Ver expediente digital "01DemandaSubsanacionAdmite" hoja 1-6.

5. El Subdirector Administrativo de CREMIL, denegó el requerimiento anterior a través de Oficio CREMIL 98900-0099265, consecutivo 2018-99265 del 10 de octubre de 2018.

1.1.4. Normas Violadas

Fundamentos de derecho.

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

De orden Constitucional:

- Artículos 4, 13, 25, 48, 53, 121, 123,125 y 209.

De orden Legal:

- Ley 80 de 1993, 7 del Decreto 1950 de 1973; 15,17,18,20,22,23,128, 157,161 y 204 de la Ley 100 de 1993.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición de la demandante, se puede extraer del acápite de "*DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN*"², contenido en libelo introductorio de la acción, así:

Se considera que la demandante prestó sus servicios de manera personal, continua y subordinada configurándose su derecho a percibir las prestaciones sociales propias de dicho vínculo laboral; de tal forma, el acto administrativo acusado vulnera el principio de igualdad, ya que, otros funcionarios dentro de la entidad bajo la misma vinculación contractual de la accionante les han sido reconocidas las prestaciones aquí reclamadas.

El apoderado del extremo demandante cita las sentencias C-555 de 1994 y C-154 del 19 de marzo de 1997 proferida por la Corte Constitucional y sentencia del Consejo de Estado del 15 de junio de 2011 dentro del expediente 25000232500020070039501 (1129-10) entre otras, respecto de la configuración de

² Ver expediente digital "*01DemandaSubsanacionAdmite*" hoja 8-13.

los elementos de subordinación y dependencia, salario y prestación personal, bajo la figura de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Se trae a colación la definición de contrato realidad contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, precisándose su naturaleza excepcional y temporal, de tal manera, los contratistas deben prestar apoyo a la gestión dentro de la entidad y no ejercer labores propias y misionales de un cargo dentro de la planta de personal.

Con relación a las diferencias de un contrato de prestación de servicios y uno de carácter laboral, se hace mención sobre los planteamientos contenidos en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, que toman como carácter diferenciador el elemento de subordinación laboral o dependencia y la imposibilidad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

En cuanto a la definición de empleo se trae a colación el artículo 2° del Decreto 2400 de 1968 resaltando que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos necesarios sin que pueda utilizarse la figura de contrato de prestación de servicios para tales funciones, postura declarada exequible por la Corte Constitucional en la C-614 de 2009.

Para la acreditación de los elementos de un contrato realidad la parte actora debe demostrar la permanencia en el cargo cuya labor debe ser inherente a la entidad y similar a la ejecutada por los empleados de planta, sin que su acreditación otorgue la calidad de empleado público.

Por todo lo descrito, en el caso sujeto a estudio se configura una verdadera relación laboral y la existencia de un contrato de trabajo, ya que, se estableció como horario para realizar las actividades propias que le asisten al cargo, dos días sábados al mes, aunado al hecho de que la mera ausencia de la accionante en su sitio de trabajo implicó el no pago de su salario. Situación que contraría los artículos 2 y 5 de la Constitución.

2.2. Demandada:

La posición de la demandada, se encuentra establecida en la contestación de la demanda, "ARGUMENTOS DE LA DEFENSA"³, contenido en la contestación de la acción, así:

³ Ver expediente digital "02NotificacionContestacion" 21-43

- Haciéndose referencia a la naturaleza jurídica y misional de la entidad, se refiere que desde la última década CREMIL se ha visto involucrada en diferentes tipos de reclamaciones salariales de carácter judicial, evidenciándose por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE- que esta ocupa el lugar número quinto de entidades más demandadas con un incremento en más del 200% en la carga laboral, en consecuencia, se ordenó la vinculación bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, de profesionales y técnicos de apoyo a la gestión en el área de derecho y áreas de la administración para adelantar la defensa técnica de la entidad, según la necesidad del servicio.
- Como la entidad demandada ostenta un régimen jurídico especial el manejo de la información debe ser cuidadoso y reservado, de tal forma, los empleados de planta como los contratistas deben concurrir a las dependencias de la entidad, para el manejo de bases de datos, programas y demás aplicativos en los que reposan los expedientes administrativos del personal militar.
- Se afirma que la vinculación de la demandante es de carácter civil según la regulación prescrita en la Ley 80 de 1993 artículo 32 en concordancia con el artículo 1495 del Código Civil; por esta razón, la contratista debía asumir los aportes a seguridad social como independiente, situación verificada por la entidad como lo determina el Decreto 1703 de 2002.
- De los contratos de apoyo a la gestión 38 de 2015 y 142 de 2016 con un plazo de 10 y 11 meses cada uno, estos fueron temporales, interrumpidos y limitados, por tanto, no generaron relación laboral alguna, sin que las instrucciones dadas a la señora Villamizar Ardila, informes y cumplimiento de horario en forma similar con los empleados de planta impliquen necesariamente la estructuración de una relación laboral.
- El acto administrativo atacado ha sido expedido bajo las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, de tal manera, goza de presunción de legalidad, haciendo mención sobre la motivación del acto administrativo analizado en sentencia del Consejo de Estado 10051 del 19 de marzo de 1998.
- Finalmente, para la entidad la actuación administrativa desplegada al momento de contratar a la demandante se ajusta al principio de buena fe.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue asignada por reparto a esta sede judicial el 21 de febrero de 2019⁴, siendo inadmitida mediante auto del 26 de abril de 2019⁵; una vez subsanada la demanda es admitida a través de providencia del 30 de julio de 2019, actuación notificada a CREMIL el día 26 de agosto de 2019.

Vencido el término del traslado, la entidad accionada allegó contestación de demanda en tiempo el día 15 de noviembre de 2019⁶, fijándose fecha para audiencia inicial el día 27 de abril de 2021⁷ y audiencia de pruebas el día 20 de mayo de 2021⁸.

Finalmente, por medio de auto del 21 de septiembre de 2021⁹ se declaró precluida la etapa probatoria, y se concedió el término de diez (10) días para que las partes presentaran sus alegaciones finales y se indicó que vencido el término anterior se proferiría el fallo, conforme a lo dispuesto en el inciso final artículo 181 del C.P.A.C.A.

3.1. Alegatos de conclusión parte demandante:

A través de memorial del 5 de octubre de 2021¹⁰, el apoderado del extremo demandante hace alusión a las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado en el año 2016 y 2018, en torno al contrato realidad y los elementos en torno a su configuración.

Con relación a los testimonios, se afirma respecto al señor Henry Leandro Figueroa Martínez, fue contratado por CREMIL en el área de Subdirección de Prestaciones Sociales, recibiendo órdenes de la doctora Gloria Lancheros sin diferencia entre empleados de planta y contratistas.

Se afirma que el testigo Pablo Francisco Rojas, declaró que dentro de la entidad todos los abogados sin importar el tipo de vinculación, debían cumplir con cierto número de liquidación de sentencias, situación planteada dentro del testimonio de la señora

⁴ Ver expediente digital "01DemandaSubsanacionAdmite" hoja 75.

⁵ Ver expediente digital "01DemandaSubsanacionAdmite" hoja 77-78.

⁶ Ver expediente digital "02NotificacionContestacion" hoja 21-43.

⁷ Ver expediente digital "04FijaAudiencialInicial"

⁸ Ver expediente digital "12ActaAudienciaPruebas"

⁹ Ver expediente digital "17AutoTrasladoAlegatos"

¹⁰ Ver expediente digital "20AlegatosDemandante"

Carolina Mejía en relación a la expedición del mayor número de resoluciones a proyectar.

Del testimonio de la señora Cielo Toro, se concluye, que está precisó al Despacho sobre la necesidad de permanencia de los contratistas dentro de la entidad cumpliendo funciones y presentando informes diariamente, bajo continua subordinación en las tareas y horarios.

A través del Acta 320 del 16 de septiembre de 2015 del área de reconocimiento, se hace constar la entrega y traslado de los radicados a tramitar a la doctora JENNY LILIANA LOPEZ JIMENEZ, advirtiéndole sobre la similitud de funciones cumplidas por la contratista y la funcionaria adscrita en la planta de personal de la entidad.

Ahora bien, el descuento realizado sobre los honorarios de la demandante por parte de CREMIL por concepto de incapacidad por valor de \$ 1.200.000 en el mes de junio de 2016, no es natural al contrato de prestación de servicios.

3.2. Alegatos de conclusión entidad demandada:

La apoderada judicial de la entidad con memorial incorporado vía electrónica el día 30 de septiembre de 2021¹¹, ratificó la posición sentada en la contestación de la demanda incluyendo antecedentes jurisprudenciales de diferentes corporaciones de la Rama Judicial en torno al contrato realidad.

2.3. Ministerio Público:

La Representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno dentro del presente asunto.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes;

IV. CONSIDERACIONES

¹¹ Ver expediente digital "19AlegatosCremil"

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término identificará el problema jurídico, luego analizará la normatividad aplicable al caso y finalmente resolverá el caso concreto, previa valoración del recaudo probatorio.

4.1 Problema Jurídico¹²

El problema jurídico en audiencia inicial quedó trazado de la siguiente manera:

(...)

***La fijación del litigio:** consiste en establecer si los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión suscritos entre la señora **Arena Constanza Villamizar Ardila y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL**, se desnaturalizaron en una relación laboral que implica para la demandante el derecho a percibir las prestaciones sociales reclamadas o si por el contrario, en el presente caso no concurren los elementos de una relación laboral.*

Recordado el problema jurídico, el Despacho realizará el análisis normativo correspondiente, luego, valorará las pruebas aportadas para así resolver el caso concreto.

4.2. Normatividad aplicable al caso

Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consignó algunas modalidades estatales, entre las cuales definió el contrato de prestación de servicios, así:

“Artículo. 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)

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

¹² Ver fl. 319 vlto del exp.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.” (Subrayas fuera de texto)

Conforme a lo anterior, el contrato de prestación de servicios suscrito por las entidades estatales tiene fundamento legal en el Estatuto General de Contratación, es decir, está autorizado por la ley y tiene como propósito que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa, relación jurídica que se establece con personas naturales, para que realicen actividades que no puedan ejecutarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados.

La convención realizada en el contrato de prestación de servicios no tiene otro propósito que el desarrollo de labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, sin importar la circunstancia de tiempo o lugar donde se presta el servicio, siendo las necesidades de la administración las que imponen la celebración de este tipo de contratos.

La Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral, ni prestaciones sociales, no obstante, a medida que el tema ha sido estudiado por las Altas Cortes, se ha establecido que cuando de ellos se hacen evidentes elementos tales como la subordinación o la dependencia, la prestación personal del servicio y la remuneración, se está frente a una relación laboral independientemente de la forma de vinculación.

Es así, que para establecer los parámetros que diferencian los contratos de prestación de servicios respecto a los que consagran relaciones laborales, la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma:

“3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

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.

" (...)"

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

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

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente...¹³ (Negrilla del Despacho)

De forma reiterativa el Consejo de Estado, mediante sentencia de 01 de marzo de 2018¹⁴, estableció frente a los elementos del contrato de prestación de servicios independientes, la importancia de la subordinación así:

(...)

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

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-174 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁴ Ver Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D.C., primero 1 de marzo de dos mil dieciocho (2018), medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, expediente radicado bajo el N° 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014).

profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo. (negrilla fuera de texto).

De acuerdo a lo señalado por nuestro Órgano de Cierre Constitucional y Administrativo, para que se configure la relación laboral en el contrato de prestación de servicios se requiere demostrar los tres elementos del contrato de trabajo los cuales son i) la prestación personal del servicio, ii) la continua subordinación y dependencia laboral y iii) la remuneración, una vez probada la relación laboral se tiene derecho al pago de las prestaciones sociales por el tiempo laborado, atendiendo así al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Sentencias de unificación en el contrato realidad

En cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016¹⁵, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad:

- 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.*

¹⁵ Ver Sentencia de Unificación Jurisprudencial Consejo de Estado, Sección Segunda. CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000- 2013-00260-01 (0088-2015)

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

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

Finalmente, en sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021¹⁶, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó la posición sobre: i) la temporalidad, ii) el término de solución de continuidad entre contratos y iii) la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes, bajo las siguientes reglas:

«167. La primera regla define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de

¹⁶ C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-01143-01, SUJ-025-CE-S2-2021, sep. 9/2021.

planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

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

*169. **La tercera regla** determina que frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, **es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.**».*

En esta providencia se estableció que el término estrictamente indispensable que deben durar los contratos de prestación de servicios será el que se señale en la minuta de prestación de servicios y que corresponde al lapso que, según los estudios previos, debe concederse a la espera de que el contratista cumpla con el objeto contractual, sin perjuicio de las prórrogas que puedan concederse para garantizar ese cumplimiento.

A la par, explicó que aun cuando los contratistas de las entidades partes en un contrato realidad no hayan sido afiliados al sistema de seguridad social para cubrir riesgos y contingencias laborales y de salud, no procede reembolsarle los aportes que haya efectuado de más, por ser aportes parafiscales obligatorios y con destinación específica.

4.1. Caso Concreto

En el presente caso la señora Arena Constanza Villamizar Ardila, pretende que se declare la nulidad del Oficio N° 690 del 10 de octubre de 2018, que negó la relación laboral surgida desde el 13 de enero de 2015 hasta el 16 de diciembre de 2016, que en su sentir, se generó con la prestación del servicio que realizó en la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la modalidad de órdenes de prestación de servicios, teniendo en cuenta que se configuran los elementos que constituyen un vínculo laboral, y como consecuencia de ello, se reconozcan y paguen las prestaciones que se derivan de la mencionada relación.

Por su parte, la entidad demandada, aduce que no se puede acceder a las pretensiones de la demanda toda vez, que la relación que existió entre las partes, se basó en lo establecido en la Ley 80 de 1993.

En ese orden, es necesario establecer si de las pruebas allegadas, se logra demostrar, la configuración de los 3 elementos que constituyen una vinculación laboral como son, (i) la existencia de la prestación personal del servicio, (ii) la continuada subordinación laboral y (iii) la remuneración como contraprestación.

Prestación personal del servicio:

Del material probatorio obrante en el expediente, tales como, copias de contratos, formato de estudios previos, certificaciones, resoluciones de asignaciones presupuestales, aprobación de pólizas de cumplimiento, reportes de supervisión, calificaciones, formatos de supervisión e interventoría¹⁷, se puede determinar que la señora Arena Constanza Villamizar Ardila suscribió con la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares los siguientes contratos de prestación de servicios:

CANTIDAD	NUMERO	DESDE	HASTA	PLAZO	CARGO	VALOR CONTRATO
1	038 de 2015	13/01/2015	18/12/2015	11 MESES	Prestar sus servicios profesionales de apoyo a la gestión para la sustanciación y elaboración los actos administrativos que se expidan en cumplimiento de la función misional.	Veintisiete millones trescientos veinte ocho mil setecientos ochenta y cuatro pesos m/cte (\$27.328.784); honorarios mensuales dos millones cuatrocientos cuarenta mil setenta pesos m/cte (\$2.440.070) incluido el 15% de IVA establecido (2.4%) asumido por la caja.
Interrupción de 1 mes y 11 días						
2	142-2016	1/02/2016	16/12/2016	10 MESES	Prestar sus servicios profesionales de abogado en apoyo a la gestión, ejerciendo la defensa judicial y extrajudicial dentro de los procesos en que haga parte la entidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la jurisdicción ordinaria y la procuraduría general de la nación; realizar todas las actuaciones administrativas tendientes a dar cumplimiento a las sentencias proferidas por los distintos despachos judiciales de acuerdo a las necesidades que establezca el jefe de la oficina asesora de jurídica y/o el supervisor del contrato	Inicial: veintiséis millones cuatrocientos setenta y tres mil ciento treinta y dos pesos m/cte (\$26.473.132) incluido el 15% de iva establecido (2.4%) asumido por la caja. ejecutado: veinticinco millones trescientos ochenta y cuatro mil cuarenta y siete pesos m/cte (\$25.384.047) incluido el 15% de iva establecido (2.4%) asumido por la caja; Honorarios mensuales de dos millones quinientos trece mil doscientos setenta y dos pesos m/cte (\$2.513.272) incluido el 15% de iva establecido (2.4%) asumido por la caja

Una vez revisada la documentación, se evidencia que CREMIL con miras a fortalecer la planta de personal con contratistas suscribió un contrato de prestación de servicios con la accionante, el cual, fue prestado de manera personal, desde el 13 de enero de 2015 hasta el 16 de diciembre de 2016, como profesional en derecho para apoyo a la gestión en el área jurídica y el área de sentencias y liquidaciones, con una interrupción de 1 mes y 11 días desde el 19 de diciembre de 2015 al 31 de enero de 2016.

¹⁷ Ver expediente digital “14RespuestaRequerimientoCREMIL”

En el desempeño de ese cargo, la señora Villamizar Ardila realizó las siguientes funciones¹⁸:

- *Adelantar como abogado principal mediante poder conferido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica todas y cada una de las actuaciones procesales a que haya lugar dentro del término legal establecido para ese efecto, recurriendo a todas las figuras jurídicas necesarias para procurar el adecuado ejercicio del derecho de defensa de la Entidad dentro de los procesos judiciales y extrajudiciales en los que esta haga parte, que le sean asignados.*
- *Ejercer la defensa dentro de las acciones de tutela instauradas en contra de la Caja.*
- *Asistir en representación de la Entidad a las diferentes audiencias judiciales y extrajudiciales que se requieran.*
- *Sustanciar dentro del término legal los requerimientos judiciales y derechos de petición dirigidos a la Entidad que le sean asignados por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica y/o supervisor del contrato.*
- *Elaborar los actos administrativos de cumplimiento de sentencia que le sean asignados.*
- *Tramitar las certificaciones a que haya lugar con el fin de efectuar la actuación administrativa respectiva.*
- *Diligenciar los sistemas de información y bases de datos, establecidos en la Entidad para el seguimiento de la actividad litigiosa, así como la plataforma EKOGUI.*
- *Elaborar y rendir los informes que le sean solicitados por el jefe de la Oficina Asesora y/o supervisor del contrato.*
- *Efectuar el archivo de cada una de las actuaciones surtidas en los expedientes que se conformen para el efecto y con sujeción a las disposiciones de archivo aplicables.*
- *Mantener la reserva profesional sobre la información que le sea suministrada para la ejecución del objeto del contrato.*
- *Cumplir con las metas fijadas por el Jefe de la Oficina Asesora Juntica y/o el supervisor del contrato, según acta de inicio del contrato.*
- *El contratista podrá ser trasladado entre dependencias según la necesidad o requerimiento que se logre establecer, para el cabal cumplimiento de la misión y objetivos institucionales.*

¹⁸ Ver anexo digital "14RespuestaRequerimientoCREMIL"

- Las demás obligaciones asignadas por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y/o el Supervisor del contrato.
- Sustanciación y elaboración de actos administrativos de reconocimiento, sustitución, extinción de la asignación de retiro, modificación de partidas (subsidio familiar, prima de vuelo, etc.)
- Revisión de los expedientes de los titulares y beneficiarios con el fin de mantener actualizada la información de los afiliados a la entidad.

RETRIBUCIÓN DEL SERVICIO:

De conformidad con las pruebas documentales incorporadas y la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Tesorería de CREMIL, se certifican los siguientes pagos realizados de forma mensual a la accionante así:

- Contrato Servicios Profesionales N° 038 de 2015.

Fecha	Valor Reconocido	deducciones	Neto a Pagar	Observaciones
05/02/2015	\$ 1.464.042,00	\$ 54.043,00	\$ 1.409.999,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #038 DE 2015 - ENERO
02/03/2015	\$ 2.440.070,00	\$ 90.073,00	\$ 2.349.997,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #038 DE 2015 - FEBRERO
27/03/2015	\$ 2.440.070,00	\$ 90.073,00	\$ 2.349.997,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #038 DE 2015 - MARZO
29/04/2015	\$ 2.440.070,00	\$ 90.073,00	\$ 2.349.997,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #038 DE 2015 - ABRIL
28/05/2015	\$ 2.440.070,00	\$ 90.073,00	\$ 2.349.997,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #038 DE 2015 - MAYO
26/06/2015	\$ 2.440.070,00	\$ 80.208,00	\$ 2.359.862,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #038 DE 2015 - JUNIO
31/07/2015	\$ 2.440.070,00	\$ 80.208,00	\$ 2.359.862,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #038 DE 2015 - JULIO
28/08/2015	\$ 2.440.070,00	\$ 80.208,00	\$ 2.359.862,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #038 DE 2015 - AGOSTO
28/09/2015	\$ 2.440.070,00	\$ 80.208,00	\$ 2.359.862,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #038 DE 2015 - SEPTIEMBRE
28/10/2015	\$ 2.440.070,00	\$ 80.208,00	\$ 2.359.862,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #038 DE 2015 - OCTUBRE
26/11/2015	\$ 2.440.070,00	\$ 80.208,00	\$ 2.359.862,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #038 DE 2015 - NOVIEMBRE
18/12/2015	\$ 1.464.042,00	\$ 48.124,00	\$ 1.415.918,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #038 DE 2015 - DICIEMBRE
Total	\$ 27.328.784,00			

- Contrato Servicios Profesionales N° 142 de 2016

Fecha	Valor Reconocido	deducciones	Neto a Pagar	Observaciones
02/03/2016	\$ 2.513.272,00	\$ 82.614,00	\$ 2.430.658,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #142 DE 2016 - FEBRERO
22/03/2016	\$ 2.513.272,00	\$ 82.614,00	\$ 2.430.658,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #142 DE 2016 - MARZO
25/04/2016	\$ 2.513.272,00	\$ 82.614,00	\$ 2.430.658,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #142 DE 2016 - ABRIL
01/06/2016	\$ 2.513.272,00	\$ 82.614,00	\$ 2.430.658,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #142 DE 2016 - MAYO
06/07/2016	\$ 1.424.187,00	\$ 46.814,00	\$ 1.377.373,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #142 DE 2016 - JUNIO
25/07/2016	\$ 2.513.272,00	\$ 82.614,00	\$ 2.430.658,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #142 DE 2016 - JULIO
26/08/2016	\$ 2.513.272,00	\$ 82.614,00	\$ 2.430.658,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #142 DE 2016 - AGOSTO
03/10/2016	\$ 2.513.272,00	\$ 82.614,00	\$ 2.430.658,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #142 DE 2016 - SEPTIEMBRE
26/10/2016	\$ 2.513.272,00	\$ 82.614,00	\$ 2.430.658,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #142 DE 2016 - OCTUBRE
01/12/2016	\$ 2.513.272,00	\$ 82.614,00	\$ 2.430.658,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #142 DE 2016 - NOVIEMBRE
20/12/2016	\$ 1.340.412,00	\$ 44.061,00	\$ 1.296.351,00	CONTRATO SERVICIOS PROFESIONALES #142 DE 2016 - DICIEMBRE
Total	\$ 25.384.047,00			

De esta relación de pagos se puede concluir que entre el 5 de febrero de 2015 al 20 de diciembre de 2016, la señora Arena Constanza Villamizar Ardila, recibió por

concepto de honorarios en contraprestación por los servicios contratados de forma mensual por la entidad accionada, la suma de \$ 52.712.831 m/cte.

CONTINUADA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA:

A fin de probar la existencia de este elemento de la relación laboral, fueron aportados al proceso:

- Oficio Certificado CREMIL 98900 del 10 de octubre de 2018, por medio del cual el subdirector administrativo de CREMIL niega el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales, de conformidad con la solicitud realizada por la demandante el 19 de septiembre de 2018¹⁹.
- Copia del Acta N° 320 del 16 de septiembre de 2015 por medio de la cual la accionante hace constar la entrega de labores realizadas a la señora Jenny Liliana López Jiménez²⁰.
- Oficio suscrito por la demandante el 26 de octubre de 2016, el cual se encuentra dirigido al área de sentencias y liquidaciones, al jefe de la Oficina Asesora Jurídica, al jefe de talento humano y de contratación a través del cual se da respuesta a solicitud de informe, indicándose de forma precisa las sentencias, conciliaciones y actos administrativos pendientes por tramitar por parte de la señora Villamizar Ardila, reporte de actividades, precisando las razones por las cuales se vio disminuida su producción, ya que, se encontró sometida a hostigamientos por parte de la doctora Cielo Toro en calidad de directora del área de sentencias y liquidaciones de CREMIL²¹.
- Acta de la Comisión Asesora Para la Contratación²² N° 062-2014 suscrita el 26 de diciembre de 2014, a través de la cual, se expone la descripción de la necesidad estatal para fortalecer la planta de personal con contratistas en las diferentes áreas, en atención al estudio de cargas de trabajo que efectuó la Oficina Asesora de Planeación en el que se estableció la existencia de un déficit de personal de planta, lo anterior,

¹⁹ Ver expediente digital "01DemandaSubsanacionAdmite" hoja 65-72.

²⁰ Ver expediente digital "01DemandaSubsanacionAdmite" hoja 31.

²¹ Ver expediente digital "01DemandaSubsanacionAdmite" hoja 56-58.

²² Ver expediente digital "03CuadernoAntecedentesAdministrativos" hoja 60-102.

con el fin de mejorar la capacidad de respuesta de la entidad. Por tal razón, se consideró necesario contratar, entre otros, 46 personas para la prestación de servicio en el área de Oficina Asesora de Jurídica, así:

D. OFICINA ASESORA DE JURIDICA

TIPO	CANTIDAD	DEPENDENCIA
PROFESIONALES	9	Negocios Judiciales y conciliaciones
	15	Fuera de Bogotá
	2	Sentencias y
	3	liquidaciones
	1	Oficina Jurídica – Jurisdicción Coactiva
	8	Derechos de Petición
	38	TOTAL
TECNICOS	3	Negocios Judiciales y conciliaciones
	1	Sentencias y liquidaciones
	2	Notificaciones y recursos legales
	6	TOTAL
TECNICOS ASISTENCIALES	2	Negocios Judiciales y conciliaciones
	2	TOTAL
GRAN TOTAL	46	

- Como funciones generales del servicio asignadas a los profesionales en derecho para poyo a la gestión, las áreas que laboró la accionante se establecen las siguientes:

(...)

➤ **OBJETO:**

LOS CONTRATISTAS, se obligan para con la CAJA a prestar sus servicios Profesionales de Abogado en apoyo a la gestión, ejerciendo la defensa judicial y extrajudicial dentro de los procesos en que haga parte la Entidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Ordinaria y la Procuraduría General de la Nación; realizar todas las actuaciones administrativas tendientes a dar cumplimiento a las sentencias proferidas por los distintos despachos judiciales de acuerdo a las necesidades que establezca el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica y/o el supervisor del contrato.

➤ **ESPECIFICACIONES GENERALES DEL SERVICIO**

- Adelantar como abogado principal mediante poder conferido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, todas y cada una de las actuaciones procesales a que haya lugar dentro del término legal establecido para ese efecto, recurriendo a todas las figuras jurídicas necesarias para procurar el adecuado ejercicio del derecho de defensa de la Entidad dentro de los procesos judiciales y extrajudiciales en los que esta haga parte, que le sean asignados.
- Ejercer la defensa dentro de las acciones de tutela instauradas en contra de la Caja.
- Asistir en representación de la Entidad a las diferentes audiencias judiciales y extrajudiciales que se requieran.
- Sustanciar dentro del término legal los requerimientos judiciales y derechos de petición dirigidos a la Entidad que le sean asignados por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica y/o supervisor del contrato.
- Elaborar los actos administrativos de cumplimiento de sentencia que le sean asignados.
- Tramitar las certificaciones a que haya lugar con el fin de efectuar la actuación administrativa respectiva.
- Diligenciar los sistemas de información y bases de datos, establecidos en la Entidad para el seguimiento de la actividad litigiosa, así como la plataforma LITIGOB.
- Elaborar y rendir los informes que le sean solicitados por el Jefe de la Oficina Asesora y/o supervisor del contrato.
- Efectuar el archivo de cada una de las actuaciones surtidas en los expedientes que se conformen para el efecto y con sujeción a las disposiciones de archivo aplicables.
- Cumplir con las metas fijadas por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y/o el supervisor del contrato, según acta de inicio del contrato.
- El contratista podrá ser trasladado entre dependencias según la necesidad o requerimiento que se logre establecer, para el cabal cumplimiento de la misión y objetivos institucionales.
- Las demás obligaciones asignadas por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y/o el Supervisor del contrato.

(...)

b) PROFESIONALES LIQUIDADORES – TRES (3)

➤ OBJETO:

LOS CONTRATISTAS, se obligan para con la CAJA a prestar sus Servicios Profesionales a la gestión para realizar y revisar las liquidaciones de las sentencias y conciliaciones que se encuentran pendientes por tramitar y las que sean radicadas en la entidad a partir de la fecha y la grabación de las novedades de IPC en SIPS.

➤ ESPECIFICACIONES DEL SERVICIO

- Elaborar, revisar y aprobar las liquidaciones correspondientes a las propuestas conciliatorias en materia de IPC.
- Elaborar, revisar y aprobar las liquidaciones de los fallos aprobatorios de las conciliaciones solicitados por los sustanciadores del Grupo de Sentencias.
- Grabación de novedades de IPC en SIPS.
- Apoyar con la revisión de las novedades de IPC grabadas en la nómina.
- Mantener la reserva profesional sobre la información que le sea suministrada para la ejecución del objeto del contrato.
- Elaborar y rendir los informes que le sean solicitados por el supervisor del contrato o por la Dirección General.
- Cumplir con las cuotas y plazos fijados por el supervisor del contrato.
- Realizar las demás actividades que le sean asignadas por el supervisor del contrato.

- Dentro del mismo documento, en el acápite “2.2 PERFILES”, se tiene que los contratistas deberán ser seleccionados de forma objetiva dentro del plan de acción para la vigencia de 2015 cuyos perfiles deberán ser analizados a la luz del Decreto 1666 del 14 de mayo de 2007 “*por el cual se determinan las competencias y requisitos generales con la nomenclatura y clasificación para los diferentes empleos públicos de las entidades que conforman el Sector Defensa y se dictan otras disposiciones*”.
- Oficio 20140132613 del 30 de diciembre de 2014, formato de estudios previos en el que se reiteran los planteamientos contenidos en el acta N° 062-2014 suscrita el 26 de diciembre de 2014²³ y formato de estudios previos del 5 de enero de 2016, radicado bajo el consecutivo 1718262²⁴.
- Informe de actividades contratistas del 31 de enero de 2015, en dónde se reportan las acciones ejecutadas de conformidad con las directrices de la Subdirección de Prestaciones Sociales y/o supervisor del contrato²⁵.
- Informes de actividades, reportes de supervisión o interventoría y evaluación de desempeño realizada a la accionante el 28 de febrero, 31 de marzo, 30 de abril, 31 de mayo, 30 de junio, 31 de julio, 31 de agosto, 30 de septiembre, 31 de octubre, 30 de noviembre y 18 de diciembre de 2015, por la responsable Área de Reconocimiento de Prestaciones Sociales, en las que se evalúa los deberes, obligaciones, calidad y

²³ Ver expediente digital “03CuadernoAntecedentesAdministrativos” hoja 110-157.

²⁴ Ver expediente digital “14RespuestaRequerimientoCREMIL” hoja 304-

²⁵ Ver expediente digital “14RespuestaRequerimientoCREMIL” hoja 154-162.

correcto funcionamiento del servicio, tiempo de entrega, atención de reclamaciones y oportunidades de mejora²⁶, en relación a las actividades ejecutadas por la accionante como expedición de resoluciones, oficios de requerimiento, actualización de registro en el sistema, llamadas telefónicas, atención a usuarios, memorandos internos, traslado de documentación a las áreas competentes, reserva de la información suministrada.

- Informes de actividades, reportes de supervisión o interventoría y evaluación de desempeño realizadas a la accionante por la señora Cielo Toro González en el área de sentencias y liquidaciones realizadas el 29 de febrero, el 31 de marzo, 30 de abril, 31 de mayo, 30 de junio, 31 de julio, 31 de agosto, 30 de septiembre (calificación regular) de 2016, 31 de octubre (calificación regular), 30 de noviembre (calificación regular), y 16 de diciembre de 2016, en las que se calificó la evacuación de sustanciación de sentencias especiales soldados, prima de actualización, prima de actividad, sustitución pensional, asignación de retiro, memorandos, oficios externos, respuestas a derechos de petición, archivo, informes y actos administrativos, entre otros²⁷.
- Radicación de incapacidad médica el día 17 de junio de 2016 a la señora Cielo Toro González en calidad de directora del Grupo de Sentencias y Liquidaciones; expedida por el centro de urgencias de la Cruz Roja Colombiana, Seccional Cundinamarca y Bogotá a la señora Arena Constanza Villamizar Ardila por enfermedad general, diagnóstico de varicela, del 12 de junio de 2016 al 18 de junio de 2016²⁸.

Testimonios e interrogatorio de parte.

A fin de probar la existencia de los elementos de la relación laboral, el Despacho en audiencia de pruebas celebrada el día 20 de mayo de 2021, recepcionó los testimonios de los señores Henry Leandro Figueroa Martínez, Sonia Carolina Mejía Narváez, Pablo Francisco Rojas Castellanos y Cielo Toro, quienes depusieron lo siguiente:

Testigos de la parte actora.

²⁶ Ver expediente digital "14RespuestaRequerimientoCREMIL" hoja 169-299.

²⁷ Ver expediente digital "14RespuestaRequerimientoCREMIL" hoja 404-423 de

²⁸ Ver expediente digital "14RespuestaRequerimientoCREMIL" 424-426 y del 430-

- **Vinculación laboral.**

Testimonio Henry Leandro Figueroa Martínez.

PREGUNTADO manifieste a este Despacho si usted conoce a la señora Arena Constanza Villamizar Ardila, en caso afirmativo, señale desde hace cuánto tiempo la conoce y porque razones **CONTESTO** Dra muchas gracias, si, efectivamente si conozco a la señora Arena Villamizar, fuimos compañeros de trabajo en la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, desde el año 2015. En el año 2015 yo trabajaba anteriormente en la Caja de Retiro, pero posteriormente ella ingresa, también a trabajar allá, y ahí, es donde nos conocemos **PREGUNTADO** usted ha dicho que fueron compañeros de trabajo, el Despacho le quiere preguntar, Dr. Si usted también estuvo vinculado en la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de contrato de prestación de servicios, o cómo fue su vinculación con la entidad y que actividades usted cumplía en la Caja **CONTESTO** Efectivamente, a ver, Dra. yo, si me permite extenderme inicialmente empecé a trabajar como contratista en el año 2014 terminé mis materias de pregrado, entonces en ese año, efectivamente me vinculé con un contrato de prestación de servicios ante la entidad y en ese contrato las condiciones eran muy generales, era de apoyar en todo lo que tuviera que ver con la misionalidad y el desarrollo de la entidad en diferentes entidades, yo estaba adscrito, o mejor dicho, mi contrato era directamente con el área jurídica, el área jurídica estaba a cargo del señor Everardo Mora y posteriormente; pues en realidad yo no cumplí funciones ahí si no en diferentes áreas, el área de notificaciones y recursos, el área de servicio al usuario y el área de prestaciones sociales que fue en donde nos conocimos con la señora Arena, con la Dra. Arena y pues donde compartimos funciones de trabajo; yo como no era abogado en ese momento, ejercía como técnico, sin embargo, yo también tenía funciones, hacía las mismas funciones que muchos de ellos, que muchos de mis compañeros por la preparación que tenía o más bien por la experiencia que tenía.

(...)

CONTESTO Ahí me preguntó por las funciones, las funciones eran de sustanciación estrictamente y verificación de requisitos, entonces cuándo hablamos de verificación de requisitos para la sustitución de asignación de retiro para hijos menores, para hijos mayores de 18 y hasta 25 años, esa era mi principal función en esa área en la que trabajaba con Arena, sin embargo, pues ahí yo también compartí funciones con Arena, también hice lo mismo que ella y que los demás abogados, si, digamos que yo era prácticamente el único técnico que estaba en esa área (...) habían contratistas y empleados de planta y pues las funciones eran la sustanciación y eso era lo que hacíamos todos allá.

Haciéndose referencia a la vinculación de la demandante el Despacho pregunta:

PREGUNTADO pero yo le quiero preguntar ya en relación con la actividad que ella cumplió en la entidad y si usted conoce como fue la forma de vinculación que tuvo la demandante señora Constanza Villamizar con la entidad, si sabe de qué fecha a que fecha ella estuvo vinculada, porque la contrataron o cómo estuvo vinculada en la entidad, para que por favor nos refiera si sabe que actividades tenía que cumplir ella **CONTESTO** si, si señora, a ver pues yo no hice una gran amistad con Arena, en realidad yo hice más amistad como le conté con otras personas con las que trabajé allá, sin embargo, pues sí, efectivamente me consta que ella entró en el año 2015 y el tipo de vinculación era el mismo que nos hacían a todos, a todos los que no éramos de planta pues, un contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, ese contrato más o menos lo iniciaba uno a mediados del mes de enero, las fechas

exactas no las sé, ni siquiera recuerdo las de mi contrato la verdad, las de mis contratos porque yo tuve dos, pero sé que ella inició en el año 2015, yo me fui en el mismo año.

Testimonio Pablo Francisco Rojas Castellanos.

El testigo en calidad de compañero de trabajo de la accionante que ingresó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en el año 2015 hasta agosto de 2016 por medio de contrato de prestación de servicios sin solución de continuidad, compartiendo la misma área de trabajo con la demandante, respecto a la forma de vinculación, aduce lo siguiente:

PREGUNTADO Por favor indíqueme a este Despacho en qué área trabajó la demandante cómo se vinculó ella a la entidad y que actividades tenía que cumplir al interior de la Caja de Retiro **CONTESTO** pues la señorita Arena cuándo yo la conocí que fue en marzo de 2015 estaba en otra área, ella estaba en otro lado, que era de reconocimiento, pues esa área es donde reconoce las prestaciones sociales, las asignaciones de retiro, que más reconocen ellos, el auxilio funerario, pues allá área es dónde digamos la entidad que reconoce si hay lugar o no a reconocer una prestación de esas; y pues duró ahí como hasta el 2016, creo que ahí fue cuando cambió, donde estuvo en mi área, eran supervisores distintos pero era la misma área lugar física de trabajo a eso me refiero **PREGUNTADO** para que nos aclare por favor Dr. en qué misma área, a cuál misma área se refiere para el 2016 **CONTESTO** todos dependíamos de jurídica, que el general era el Dr. Everardo Mora, si, y pues yo hacía parte del área jurídica, defensa de la entidad, entonces, pues yo era dependiente del Dr. Henry Duarte, en esa época era él Director (...) ella tuvo dos jefes supervisores de contrato una Janeth y creo que el otro la Dra. Cielo.

- **Horario de ejecución de las actividades contratadas.**

Testimonio Henry Leandro Figueroa Martínez.

PREGUNTADO Dr. Usted sabe cuál era el cumplimiento del horario que tenía que cumplir la demandante para ejecutar su contrato por el cual fue efectivamente contratada con la entidad y quién asignaba ese horario de trabajo **CONTESTO** a ver Dra. allá todos cumplíamos horario, desde un comienzo se nos advertía que cumpliéramos horario y el horario era de 8 a 5 de lunes a viernes y los sábados medio día, por la mañana, hasta las 12 del día **PREGUNTADO** este cumplimiento de horario, era igualmente cumplido por el personal de planta, incluso los fines de semana como usted lo señala a medio día **CONTESTO** si señora **PREGUNTADO** para que me amplíe su pregunta quién organizaba o quién les asignaba y les decía, tiene que trabajar fines de semana, tiene que cumplir ese horario de 8 a 5, quién les decía eso **CONTESTO** pues el jefe del área, que en ese caso, pues en su momento, inicialmente fue para el área de prestaciones sociales era la capitana Ángela Canabal, ella era la que asignaba los horarios y decía quien llega a tal hora y las horas de salida es a tal hora.

Testimonio Pablo Francisco Rojas Castellanos.

PREGUNTADO el Despacho le quiere preguntar Dr. si usted recuerda en que horario de trabajo tenía que cumplir la demandante sus distintas actividades y quién le indicaba ese horario de trabajo **CONTESTO** pues a ver frente a lo del horario que pasó, pues yo entré

como contratista y pues se supone que a uno no le exigían horario, pero después hubo una directriz, pues digamos de llamada de atención a todos, que cumpliéramos el horario que era de 8 a 5:00 p.m, más o menos y habíamos establecido una hora de almuerzo.

- **Subordinación y prestación personal del servicio**

Testimonio Henry Leandro Figueroa Martínez.

PREGUNTADO Dr. Sabe usted para que por favor ilustre esta sala de audiencias si la demandante para el cumplimiento de sus distintas actividades recibía alguna directriz u órdenes en caso afirmativo, quién le impartía esas órdenes para ejecutar su contrato **CONTESTO** todos recibíamos órdenes y las órdenes sea por ejemplo, quién pertenecía a tal grupo, que tenía que hacer cada persona, eso sólo lo asignaba la Dra. Gloria Lancheros que era la jefe del área de prestaciones sociales, ella era como quien dice la jefe inmediata y la jefe del área era la capitán Carnaval. Y ella era la que decía usted me saca esto, me saca tantas resoluciones hoy, me saca tantas resoluciones en esta semana, necesitamos que todos hagan esto, usted va sacando resoluciones de prestaciones de reconocimiento de prestaciones a soldados esta semana, usted va a estar reconociendo auxilios funerarios este mes, ella era la que designaba cuáles eran las funciones que cada quien ejercía para prestaciones sociales **PREGUNTADO** Dr. Usted sabe si la demandante podía delegar esas distintas actividades para las cuales fue contratada o las tenía que hacer directamente ella **CONTESTO** no le entiendo la pregunta **PREGUNTADO** la delegación de funciones es que ella le pueda decir a alguien, a otra persona que por favor desempeñe la sustanciación, que haga los proyectos de resoluciones que ella tenía que resolver **CONTESTO** no, no señora, allá todos teníamos que ir a trabajar hacernos en nuestro puesto, no podíamos que de pronto fuera alguien a remplazarnos. No.

Testimonio Pablo Francisco Rojas Castellanos.

PREGUNTADO usted sabe si para ella cumplir sus actividades, ella debía cumplir órdenes y en caso afirmativo quién le daba esas órdenes para que ella pudiera ejecutar su contrato **CONTESTO** el superviso, es el supervisor de ella; por ejemplo, a mí me las daba Henry, a ella se las daba cielo o se las daba la otra Dra. la que casi no conocí porque como era al otro lado.

Con relación a los permisos el testigo refirió lo siguiente:

Testimonio Henry Leandro Figueroa Martínez.

CONTESTO: No señora, allá teníamos que pedir permiso, ella tenía que pedir permiso, yo tenía que pedir permiso, los de planta tenían que pedir permiso y con tiempo, bastante tiempo, porque lo que le digo, nosotros teníamos como un número de digamos por ejemplo de resoluciones o un número de verificaciones diarias, semanales, mensuales y pues si no se cumplían en el día tocaba reponerlo; para pedir el permiso tocaba pedírselo a la Dra. Gloria Lancheros y si ella se lo daba y si no se lo daba le tocaba igual a uno ir, no es que uno pudiera tomar la determinación de irse libremente y volver cuándo uno quisiera, no eso no, adicional a eso, si uno se iba de permiso muchas veces le hacían reponer las horas, el día que no fue.

Testimonio Pablo Francisco Rojas Castellanos.

PREGUNTADO si la demandante tenía que pedir permiso de su lugar de trabajo, ella se podía retirar de manera autónoma o a quién le pedía permiso para poderse retirar

CONTESTO pues al supervisor a la Dra. Cielo o a la Dra. otra Janeth, en mi caso el Dr. Henry, pues mi jefe Henry pues muy amable pues yo no tuve percance.

Declaración Cielo Toro.

La testigo refiere que actualmente trabaja para CREMIL desde el año 1997 y que se vinculó inicialmente por contrato de prestación de servicios, con posterioridad fue vinculada de planta, que conoce a la accionante desde el año 2016 teniendo en cuenta que prestó sus servicios para CREMIL en el área de sentencias y liquidaciones como su coordinadora.

En cuanto a la accionante, precisó que si bien esta tenía que acudir a la entidad de lunes a viernes, nunca se le exigió el cumplimiento de un horario, ni tampoco solicitud previa de permisos; que las actividades eran asignadas de forma diaria, sin criterio diferencial con los otros contratistas del área; a diferencia de los empleados de planta no debía marcar tarjeta en un reloj digital, solamente firmar la planilla de ingreso y salida del área de vigilancia, ya que, se debía velar por la seguridad en el trabajo de acuerdo con el Sistema Integrado de Gestión de Calidad de CREMIL.

Que la testigo se ocupada de la revisión de sustanciación efectuada por los contratistas, toda vez, que era el único funcionario de planta en el área de sentencias y liquidaciones.

Respecto a la incapacidad por varicela presentada por la contratista en el año 2016, afirma que teniendo en cuenta su condición de salud se le descontó la suma correspondiente al no poder cumplir con la obligación contractual sin suspensión del contrato de prestación de servicios.

Con relación al desarrollo de las actividades por parte de la señora Villamizar Ardila se asegura que nunca se hizo un llamado de atención, niega la situación de hostigamiento frente a la accionante, pues se considera una persona muy respetuosa de los demás.

Testigo entidad demandada- Sonia Carolina Narváez.

La jefe de la Oficina Asesora de Planeación, refiriéndose a la forma de contratación de la accionante, afirma que no existen formatos dentro de la entidad para control de horario de los contratistas en el Sistema Integrado de Gestión de Calidad, por cuanto, se contratan por producción; de igual forma, aclara que el personal de planta dentro de CREMIL tiene un horario de 7:30 de la mañana a 4:30 p.m, y que estos no trabajan los días sábados a menos que sea requerido para el cumplimiento de sus funciones.

En cuanto a las herramientas utilizadas por la accionante dentro de la sede de ejecución de actividades por parte de CREMIL, se indica que los elementos de cómputo y aplicativos de la entidad fueron utilizados por la accionante teniendo en cuenta el manejo de información sensible, privilegiada, por tanto, el acceso a dicha información solamente puede realizarse desde la red de la entidad.

De igual forma, señaló que si en algún momento los contratistas deben permanecer en la sede de la entidad en un tiempo específico, dicha situación puede derivarse en razón, a que el supervisor de cada contrato debe revisar en su horario de trabajo las funciones delegadas a los contratistas.

En cuanto al pago de **aportes a salud y pensión** todos los interrogados por el Despacho afirmaron que los contratistas tenían a cargo los aportes de salud y pensión que debían ser presentados ante CREMIL con el fin de acceder al pago mensual de sus honorarios.

Es así, como de las pruebas documentales aportadas al proceso, de la declaración de terceros, de su análisis y valoración, se puede colegir:

- Mediante los contratos de prestación de servicios, certificaciones, actividades ejecutadas por la contratista Arena Constanza Villamizar Ardila, informes y testimonios de las partes se logra acreditar los servicios contratados por CREMIL fueron prestados de forma personal y que no era posible delegar dichas funciones contratadas a terceros por parte de la demandante.
- Se presenta una interrupción contractual de 1 mes y 11 días entre los

contratos 038 de 2015 y 142 de 2016²⁹.

- El horario en que la accionante ejecutó las actividades contratadas fue de manera continua en las instalaciones de CREMIL, de lunes a viernes de 8 a.m. a 5 p.m., y algunos días sábados de 8 a.m a 12 m, de acuerdo a las necesidades del servicio.
- Del Acta de la Comisión Asesora Para la Contratación N° 062-2014 suscrita el 26 de diciembre de 2014 y acta 01 de 2015 se acredita la necesidad de contratar personas naturales bajo la modalidad de prestación de servicios en atención al estudio de cargas de trabajo que efectuó la Oficina Asesora de Planeación en el que se estableció la existencia de un déficit de personal de planta, lo anterior, con el fin de mejorar la capacidad de respuesta de la entidad para ejercer funciones misionales; fueron contratados 46 personas para el área jurídica de CREMIL. Bajo tal presupuesto, no está en discusión que las actividades desarrolladas por la señora Villamizar Ardila, hacían parte del giro ordinario de la administración como lo acreditan las pruebas documentales obrantes en el expediente, los testimonios, manual de funciones para el año 2015 y 2016, Resolución No. 10237 del 2014³⁰, siendo claro que actividades desarrolladas por la contratista hacen parte del "plan de choque" para afrontar la situación de sobre carga laboral por déficit de personal; así las cosas, vale advertir que la configuración de esta situación no es excusa para desconocer los derechos fundamentales de la demandante, como lo estipula artículo 2° del Decreto 2400 de 1968, "*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...*", dispone:

"Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como

²⁹ De conformidad con la posición sentada por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021 radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)- SUJ-025-CE-S2-2021 M.P, "...(ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente..."

³⁰ Ver expediente digital "15RespuestaRequerimiento".

los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

Disposición anterior declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, veamos:

“La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera 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”.

Analizado lo anterior, CREMIL, para reforzar la planta de personal con el fin de cumplir con su objeto misional, debió recurrir a un tipo de figura habilitada por el legislador para cumplir con el plan choque, sin vulnerar los derechos laborales de la demandante, entre las cuales, se encuentran, las plantas de empleos temporales reguladas por el Artículo 21 de la Ley 909 de 2004³¹ en concordancia con el Decreto 1227 de 2005 y Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015³², que son de carácter transitorio y excepcional, sin crear

³¹ “...ARTÍCULO 21. Empleos de carácter temporal

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

(...)

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;...”

³² **“ARTÍCULO 2.2.1.1.1:** Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento.

Los empleos temporales deberán sujetarse a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad y a las disposiciones relacionadas con la elaboración del plan de empleos, diseño y reforma de plantas de que trata la Ley 909 de 2004.

En la respectiva planta se deberán identificar los empleos que tengan la naturaleza de temporales. El estudio técnico deberá contar con el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.”

una vinculación definitiva con el estado, ni derechos de carrera administrativa, pero que sí garantizan los derechos laborales de aquellas personas vinculadas de forma eventual.

- Se encuentra acreditado según el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales para servidores públicos de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares Resolución No. 10237 del 2014, que existía el cargo de Profesional de Defensa Código 3-1, Grado 15 Área de Sentencias y Liquidaciones³³, el cual ejecutaba algunas de las funciones delegadas a la accionante y contaba con una asignación salarial para el año 2015 de \$ 2.565.641 y para el año 2016 \$ 2.764.992, devengado como prestaciones sociales prima de Navidad 100% de su asignación salarial, prima de servicio en un 50% de su asignación salarial, prima de vacaciones en un 50% de su asignación salarial, Bonificación por servicios prestados 35% de su asignación salarial.
- De otra parte, como remuneración recibida por concepto de honorarios mensuales reconocidos a la accionante por CREMIL, tenemos el valor de \$2.440.070 para el año 2015 y la suma de \$2.513.272 para el año 2016.
- En relación a la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, se observa que la actora, pese a vincularse como contratista de apoyo a la gestión conforme lo estipulado en la Ley 80 de 1993, no cumplía con los criterios que caracterizan este tipo de contratos; en primera medida porque los contratos de apoyo a la gestión deben ser utilizados para contratar personal no profesional, **cuyas actividades no impliquen de manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas**, adicionalmente, la ejecución de sus actividades como profesional en derecho nivel 1, no eran de carácter específico, es decir, se encontraba sometida a la asignación de trabajo diario, metas determinadas de forma mensual por el coordinador del área, pudiendo ser trasladada a cualquier dependencia (prestaciones sociales y sentencias y liquidación), según necesidad, ejecutando, entre otras, las siguientes funciones:
 - *Sustanciar dentro del término legal los requerimientos judiciales y derechos de petición dirigidos a la Entidad que le sean asignados por el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica y/o supervisor del contrato.*

³³ Ver expediente digital "15RespuestaRequerimiento"

- *Elaborar los actos administrativos de cumplimiento de sentencia que le sean asignados.*
 - *Tramitar las certificaciones a que haya lugar con el fin de efectuar la actuación administrativa respectiva.*
 - *Diligenciar los sistemas de información y bases de datos, establecidos en la Entidad para el seguimiento de la actividad litigiosa, así como la plataforma EKOGUI.*
 - *Elaborar y rendir los informes que le sean solicitados por el jefe de la Oficina Asesora y/o supervisor del contrato.*
 - *Efectuar el archivo de cada una de las actuaciones surtidas en los expedientes que se conformen para el efecto y con sujeción a las disposiciones de archivo aplicables.*
 - *Mantener la reserva profesional sobre la información que le sea suministrada para la ejecución del objeto del contrato.*
- Debía cumplir el horario ya que sus funciones no podían ser realizadas fuera de las instalaciones de la entidad accionada (conforme lo indicó la jefe de la Oficina Asesora de Planeación "teniendo en cuenta el manejo de información sensible, privilegiada, por tanto, el acceso a dicha información solamente puede realizarse desde la red de la entidad"), con uso exclusivo de herramientas de cómputo, teléfonos, sistemas y aplicativos dados por CREMIL siguiendo los parámetros y reglamentos de uso, generando dependencia y subordinación hacia sus coordinadores, pues no podía disponer libremente de su horario o planificación para la ejecución de las tareas contratadas.
- Como consta en la certificación emitida por el Grupo de Tesorería anexa al expediente a la señora Villamizar Ardila se le aplicó un descuento en sus honorarios por más de un millón de pesos, debido a una incapacidad por varicela radicada en la entidad el día 16 de junio de 2016; lo anterior, al no poder cumplir con la asignación diaria de trabajo realizada por su coordinadora de área; empero, tratándose de un contrato de prestación de servicios, se debió evaluar por CREMIL si era procedente efectuar la suspensión del contrato y no realizar el descuento de honorarios teniendo en cuenta la Ley 80 de 1993, Le1150 de 2007 y Decreto 1510 de 2013.

Así las cosas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, en sentencia proferida el 11 de abril de 2012, dentro del radicado No. 52001-23-31-000-1996-07799-01(17434), al pronunciarse respecto a la suspensión de los contratos, determinó:

(...)

*La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de las partes contratantes⁵⁵, **de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pactado del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido.** Por esa misma razón, la suspensión debe estar sujeta a un modo específico, plazo o condición, pactado con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acorde con la situación que se presente en cada caso, pero no puede permanecer indefinida en el tiempo.*

(...)

En efecto, la finalidad de la suspensión del contrato estatal, como medida excepcional, está encaminada a reconocer la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, y es precisamente por ese motivo que la misma no puede ser indefinida, sino que debe estar sujeta al vencimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición. Por lo tanto, la suspensión no adiciona el contrato en su vigencia o plazo, sino que se delimita como una medida de tipo provisional y excepcional que debe ajustarse a los criterios de necesidad y proporcionalidad, sujeta a un término o condición, período este durante el que las obligaciones contenidas en el contrato no se ejecutan, pero sin que se impute ese tiempo al plazo pactado inicialmente por las partes (...)".

- Siguiendo el estudio de la subordinación, resulta contradictorio lo afirmado por Cielo Toro en el interrogatorio efectuado por el Despacho, en calidad de Coordinadora en el área de Sentencias y liquidaciones, en torno a los posibles llamados de atención e inconvenientes personales hacia la accionante generados durante la prestación del servicio como contratista, pues como se desprende de los formatos de supervisión, a partir del mes de septiembre de 2016 la demandante fue calificada de forma irregular por la Dra. Cielo Toro, siendo cuestionada por su bajo rendimiento o productividad en las metas asignadas, situación que coincide con la fecha de presentación del oficio "**RESPUESTA SOLICITUD INFORME**" (26 de octubre de 2016), en el que la demandante pone en conocimiento a las áreas de contratación, talento humano y jurídica la situación de hostigamiento generada por la Dra. Cielo Toro, sin trámite interno alguno dado por CREMIL.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados en el expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se infiere con toda claridad la subordinación de que revistió la presunta relación contractual suscrita, toda vez, que la demandante al desarrollar la actividad para la que fue contratada de manera sucesiva por casi dos años, contradice la naturaleza temporal y excepcional de un contrato de prestación de servicios; además, en

todo momento se encontró sujeta al cumplimiento del horario impuesto por cada coordinador de área, a la diaria supervisión y asignación de sus funciones, permisos, controles en la entrega del reparto bajo las directrices institucionales, calificación mensual sobre cada actividad realizada, incluso si se trataba de llamadas telefónicas o simples requerimientos, con una completa subordinación hacia los coordinadores asignados, quienes tenían injerencia sobre cada una de las funciones de carácter misional delegadas.

El análisis anterior, evidencia entonces la configuración del elemento de subordinación que determina en estos casos la existencia de una relación laboral encubierta bajo un vínculo contractual.

Así, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la ejecución de actividades como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el presente caso, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación directa del mismo, la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, y el desempeño de una labor de carácter permanente, propia de la Entidad, concluye el Despacho que la administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la relación suscrita que desde luego se tornó eminentemente laboral, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto, la demandante prestó sus servicios personales como abogada en el área de prestaciones sociales y sentencias y liquidaciones del 13 de enero de 2015 al 18 de diciembre de 2015 y del 1 de febrero de 2016 al 16 de diciembre de 2016 surgiéndole el derecho a que sea reconocida su relación laboral, confiriéndole a la contratista las prerrogativas de orden prestacional.

De tal manera, se encuentra demostrada la concurrencia de la totalidad de los elementos esenciales para la declaratoria de la existencia del vínculo laboral, en particular, la subordinación y dependencia que rige las relaciones de trabajo, el carácter permanente de las actividades desarrolladas por el demandante, que las labores encomendadas fueran propias de la misión de CREMIL y la equivalencia de las mismas frente a las tareas en cabeza del personal de planta.

Por otra parte, es de señalar que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio, **no pueden convertirse en excusas para vincular precaria e ilegalmente personal para el desempeño permanente de funciones públicas**, en este caso, desconociendo las formas sustanciales de derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la Ley para el ingreso al servicio público y aún las garantías laborales y derechos fundamentales de quienes así resultan vinculados.

Pago de las prestaciones sociales como consecuencia de la existencia de un contrato realidad.

Ahora bien, en relación al reconocimiento de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en aquellos casos en que se desvirtúa la existencia de un contrato de prestación de servicios, en Sentencia de Unificación Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Exp.2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16 de fecha 16 de agosto de 2016 unificó el criterio señalando que estas se otorgan a título de "restablecimiento del Derecho", sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público:

“(…)

En este orden de ideas, la Sala considera oportuno y necesario precisar cuál es el criterio imperante para el reconocimiento de la reparación de los daños derivados de la existencia del contrato realidad, dependiendo si las actividades contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios son iguales a las funciones asignadas a empleos existentes en la planta de personal de la entidad o si no lo son, pues según el caso, el parámetro objetivo para la tasación de perjuicios podrá variar, en aplicación de los principios laborales de igualdad de oportunidades y remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, derivados del artículo 53 de la C.P.

En tal sentido, dirá la Sala que los honorarios pactados son el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios”.

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

derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

(...).”

En esa medida, actualmente las prestaciones sociales que son reconocidas a las personas que fueron vinculadas mediante contrato de prestación de servicios y que logran demostrar la existencia de una relación laboral, lo son a título de restablecimiento del derecho, pues aunque queda desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, dicha vinculación no puede tener la misma connotación que la del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, en el entendido que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como los presupuestos de ley (nombramiento, posesión) requisitos que no se observan en la situación concreta de la accionante.

Por lo anterior, esta agencia judicial **declarará la nulidad** del acto administrativo acusado **Oficio N° 690 del 10 de octubre de 2018, correspondiente al número 0099265, consecutivo 2018-99265**, mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral entre la señora Arena Constanza Villamizar Ardila, y en su lugar se tendrá como existente dicho vínculo; **y a título de restablecimiento** se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- **i) reconocer y pagar a la demandante todos los emolumentos y prestaciones sociales devengados por el personal de planta**, tomando como base la remuneración pactada en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

Ahora bien, en relación a la interrupción presentada entre la terminación del contratos de servicios, 038 de 2015 y 142-2016, del 19 de diciembre de 2015 al 31 de enero de 2016 el Despacho, no tendrá en cuenta este periodo de conformidad a lo dispuesto por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021 que establece un periodo de **treinta (30) días** hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad; término superado en la presente controversia por 11 días.

En cuanto, a la diferencia concerniente a los aportes al sistema de seguridad social la entidad accionada, deberá tomar del 13 de enero de 2015 al 18 de diciembre de 2015 y del 1 de febrero de 2016 al 16 de diciembre de 2016, el IBL de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, 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 accionante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado Sistema de Seguridad Social durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

4.6. PRESCRIPCIÓN

El Consejo de Estado mediante sentencia de unificación,³⁴ de fecha 16 de agosto de 2016, estableció unas reglas jurisprudenciales concernientes a la prescripción, entre las cuales se encuentran:

- La persona que pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y como consecuencia el pago de las prestaciones sociales deberá reclamarlo en el término de tres (3) años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.
- No aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, lo que no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el contratista, por ser un beneficio económico 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.*
- No hay caducidad en la reclamación de los aportes pensionales al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad.

Así las cosas, para el Despacho en el presente asunto observa que no opera el fenómeno de la prescripción en relación al reconocimiento y pago de los emolumentos y prestaciones sociales reclamadas, toda vez, que conforme a las reglas anteriormente enunciadas la señora Arena Constanza Villamizar

³⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Exp.2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

Ardila prestó sus servicios hasta el día 18 de diciembre de 2015 (contrato 038-2016) y hasta 16 de diciembre de 2016 (contrato 142 de 2016), elevó reclamación administrativa el 19 de octubre de 2018 y radicó la demanda el 21 de febrero de 2019, es decir, dentro del término de los tres (3) años.

En ese orden, pese a que existió una interrupción del contrato, como la reclamación del derecho se efectuó dentro de los tres años se tiene que

4.7 COSTAS

La Instancia no condenará en costas a la entidad accionada, teniendo en cuenta que el artículo 188 del CPACA, no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial y teniendo en cuenta que este Despacho no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, no se hace necesaria la sanción.

Analizada la demanda, su contestación, el material probatorio allegado al informativo, decretado y practicado, así como las alegaciones de las partes, frente a la normatividad aplicable al caso controvertido y al criterio que ha sostenido esta jurisdicción sobre el tema de que se trata, se llega a la conclusión que deben ser acogidas parcialmente las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: Declarar no probada de oficio la excepción de prescripción.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del oficio N° 0099265, consecutivo 2018-99265 del 10 de octubre de 2018, en cuanto, negó a la accionante la reclamación de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales entre el periodo comprendido del 13 de enero de 2015 al 18 de diciembre de 2015 y del 1° de febrero de 2016 al 16 de diciembre de 2016.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** así:

- a) **A reconocer, liquidar y pagar** a la señora **ARENA CONSTANZA VILLAMIZAR ARDILA** identificada con cédula de ciudadanía N°. 52.216.609 de Bogotá, todos los emolumentos y prestaciones sociales devengados por el personal de planta, teniendo en cuenta el periodo comprendido entre el 13 de enero de 2015 al 18 de diciembre de 2015 y del 1° de febrero de 2016 al 16 de diciembre de 2016, tomando como fundamento la remuneración pacta en cada uno de los contratos de prestación de servicios, suscritos entre las partes.
- b) En cuanto a la diferencia concerniente a los aportes al sistema de seguridad social, la entidad accionada deberá tomar durante el tiempo comprendido entre 13 de enero de 2015 al 18 de diciembre de 2015 y del 1° de febrero de 2016 al 16 de diciembre de 2016, el IBL de los honorarios pactados en los contratos de servicios 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.
- c) **Declarar** que el tiempo laborado por la accionante, bajo la modalidad del contrato realidad se debe computar para efectos pensionales.
- d) Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada, tendrán que ser ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA., teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se

causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada asignación mensual, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: Negar las demás súplicas de la demanda por las razones expuestas.

QUINTO: La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

SEXTO: Sin costas en la instancia.

SÉPTIMO: Una vez en firme esta sentencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE³⁵, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



**LEYDI JOHANNA CARDOZO GALLEGO
JUEZ (E)**

³⁵ arena-cv@hotmail.com,
notificacionesjudiciales@cremil.gov.co.

mauroromerotapia@hotmail.com;

jortiz@cremil.gov.co;