

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil veinte (2020)

Medio de Control : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Radicación : **11001334204720190017800**

Demandante : **CAROLINA VARGAS BORRERO**
C.C. No. 36.288.489 de Pitalito -Huila

Demandado : **EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL -ENTerritorio – antes FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE**

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

S E N T E N C I A

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 **CAROLINA VARGAS BORRERO** actuando en nombre propio, contra la **EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL -ENTERRITORIO** antes **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE**.

La parte demandante solicita las siguientes:

1.1.2 PRETENSIONES¹

“PRIMERA: DECLARAR la NULIDAD de la comunicación del 12 de septiembre de 2018 suscrita por Luisa Fernanda Cabrejo Félix, Asesora Jurídica de FONADE, en la que manifiesta que "La relación entre usted y FONADE se dio por la suscripción deferentes contratos de servicios que se caracterizan por tener como objeto un servicio que se debe desarrollar o prestar, y en el cual el contratista tiene libertad para ejecutarlo por cuanto no está sometido a la continuidad y completa subordinación. (...) Teniendo en cuenta lo anterior, no es viable, ni hay lugar a pago alguno por concepto de cesantías, vacaciones, horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos, indemnización por despido injusto, toda vez que usted no ha sido trabajadora de FONADE ya que los servicios por usted prestados obedecieron a contratos de prestación de servicios independientes, respecto de los cuales y en todos los casos la entidad pagó sus respectivos honorarios, previa presentación de cuenta s de cobros, por lo cual además se encuentra al día con usted.

SEGUNDA: DECLARAR que entre el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO, FONADE y la suscrita CAROLINA VARGAS BORRERO, existió una verdadera relación laboral entre el 19 de julio de 2013 y el 5 de septiembre de 2016, desempeñándome como abogada, Supervisora Jurídica y la cual terminó por decisión unilateral e injusta por parte del FONADE el 5 de septiembre de 2016. (CONTRATO REALIDAD).

TERCERA. Como consecuencia de las dos declaraciones anteriores y a TITULO DE RESTABLECIMIENTO EN SU DERECHO VIOLADO:

1.1. CONDENAR AL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE a reconocerme los salarios, prestaciones sociales, cesantías e intereses y sanción por su no pago, primas semestrales, vacaciones y prima de vacaciones, cotizaciones a la seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, sanción moratoria por no pago de los salarios y prestaciones sociales finales, indemnización por terminación injusta de la relación laboral y demás emolumentos laborales dejados de percibir durante todo el tiempo que duró la relación laboral entre el 19 de julio de 2013 y el 5 de septiembre de 2016.

1.2. CONDENAR AL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO, FONADE a pagar el Ajuste de Valor conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., sobre los valores causados y no pagados.

1.3. CONDENAR AL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO, FONADE al pago de los Intereses en cumplimiento del inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A., a partir de la Ejecutoria de la Sentencia y hasta el día de su pago efectivo.

1.4. CONDENAR AL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO, FONADE a pagar las costas y agencias en derecho de conformidad con el art. 188 del C.P.A.C.A.”

1.3. HECHOS²

1.1.3.1. Hechos Relevantes.

¹ Ver fls. 1 y 2 del exp.

² Ver fls. 2 y 3 del exp.

Los principales hechos el Despacho los resume así:

1. La señora Carolina Vargas Borrero laboró en el FONADE, a través de contratos de prestaciones de servicios profesionales que estipulaban salario, condiciones, y requisitos en que debía desarrollar sus labores, desde el 19 de julio de 2013 hasta el 05 de septiembre de 2018.
2. El FONADE fue quien impuso las funciones, las órdenes, el horario, las instalaciones y el equipo de trabajo desempeñado por la demandante durante toda la relación contractual.
3. La actora se encargaba de la revisión de contratos de obra e interventoría derivados del contrato marco No. 213001 suscrito el 17 de enero de 2013 entre FONADE y FIDUBOGOTÁ de interventoría al programa de vivienda gratuita.
4. Desarrolló sus labores bajo una subordinación y de forma continua, sin interrupciones durante lapsos considerables que desvirtúen la continuidad del vínculo laboral, lo que implica el reconocimiento y pago de las acreencias derivadas de una verdadera relación laboral y por los extremos comprendidos entre el 19 de julio de 2013 al 5 de septiembre de 2016.
5. El día 13 de marzo de 2019 se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial fallida ante la Procuraduría 193 Judicial de Bogotá.

1.1.4. Normas Violadas

Fundamentos de derecho.

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

1. CONSTITUCIONALES:

Artículos 1, 2, 13, 25, 29, 44, 47, 48, 49, 53, 58, 125, 128, 228, 229 y 230.

2. LEGALES:

- Ley 100 de 1993.

- Decreto 1045 de 1978.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 138.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1. Parte demandante.

La posición del extremo activo se extrae del acápite de *concepto de violación*³, contenido en libelo introductorio de la acción, así:

Trajo a colación la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado de fecha 26 de agosto de 2016, con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho Rad. No. 23001-23- 33-000-2013-00260-01 (0088-2015), para ser tenida en cuenta al momento de fallar el presente caso, por analizar temas como el de la prescripción y la permanencia como un elemento más que configura la existencia de una relación laboral.

De otra parte, señaló que el FONADE al disfrazar una verdadera relación laboral en un supuesto contrato civil de prestación de servicios y burlar la legislación laboral, sobrepasó lo expuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia T-723 del 16 de diciembre de 2016, M. P. Dr. Aquiles Arrieta Gómez, con el fin de evadir consistentemente el pago de las prestaciones sociales y generar una inobservancia del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades al encontrarse los tres elementos que estructuran el contrato de trabajo como son la subordinación, la prestación personal del servicio y salario (art. 23 CST), para esconder una relación laboral y desconocer los principios que rigen la función pública, así como los derechos laborales propios irrenunciables de la actividad laboral.

2.2. Parte Demandada.

La apoderada judicial de la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial - ENTERRITORIO, antes Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE se pronunció frente a los hechos de la demanda y se opuso a todas y cada una de sus pretensiones, haciendo un estudio de la sentencia C-154 de 1997 que

³ Ver fls. 3-9 del exp.

estableció las características del contrato de prestación de servicios, refiriendo que por regla general cuando las actividades de la función pública no puedan desarrollarse por el personal de planta o se requiere de conocimientos especializados, estas deben ser suplidas mediante contrato de prestación de servicios.

De igual manera, con el fin de desvirtuar la tesis de configuración del contrato realidad analizó sus tres elementos, manifestando en el sub lite que si bien la prestación del servicio de la demandante fue de manera personal, también es cierto que no existió subordinación, en razón a que sus obligaciones de supervisión jurídica de los contratos que se requieran suscribir para la ejecución de los proyectos objeto del contrato No. 213002 suscrito con FIDUBOGOTA, por la misma esencia de conocimientos especializados le otorgaban una independencia para su desarrollo, además de que no recibía una remuneración sino el pago de unos honorarios una vez efectuada la cuenta de cobro y presentado el informe del avance de sus obligaciones contractuales, y que tampoco se configuró la vocación de permanencia, pues entre los contratos suscritos no hubo continuidad.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó ante la Oficina de Apoyo el día 21 de marzo de 2019⁴, siendo asignada por reparto a esta sede judicial y admitida por auto calendado el 26 de abril de ese mismo año (fl. 75) y se notificó al Director del FONADE a través de correo electrónico del 13 de mayo de 2019 según se verifica a folio 77 del expediente.

La entidad accionada contestó la demanda en término, y en tal sentido se surtieron los traslados respectivos, para luego mediante proveído de fecha 10 de septiembre de 2019⁵ citar a las partes y a sus apoderados para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A.

En audiencia inicial de fecha 22 de noviembre de 2019⁶, se llevaron a cabo las etapas correspondientes, saneamiento, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, posibilidad de conciliación declarándose fallida, se tuvieron como pruebas las aportadas con la demanda, declarándolas incorporadas al expediente, y como quiera que con la documental allegada al expediente era

⁴ Ver fl. 73 del exp.

⁵ Ver fl. 112 del exp.

⁶ Ver fls. 118 al 120 del exp.

suficiente para dictar sentencia, el Despacho prescindió del término probatorio, concedió el término común de diez (10) días a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus escritos respectivos y se indicó que el fallo sería proferido dentro de los veinte (20) días siguientes y notificado en los términos del artículo 203 ibidem.

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Parte actora

La parte actora presentó alegatos de conclusión el día 29 de noviembre de 2019⁷, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y citando varios apartes jurisprudenciales referentes al tema de contrato realidad y el fenómeno prescriptivo frente al pago de las cesantías y a la indemnización moratoria por falta de depósito de dicho auxilio, para que le sean aplicadas en desarrollo del derecho fundamental de igualdad frente a la ley, a fin de recibir igual tratamiento en casos idénticos.

3.1.2. Demandada

El apoderado judicial de la Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial - ENTERRITORIO, antes Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE presentó sus alegaciones finales el día 06 de diciembre de 2020, ratificando la posición asumida en la contestación de demanda e indicado que se encuentra demostrado dentro del proceso que entre las partes se suscribieron los contratos de prestación de servicios profesionales de apoyo jurídico Nos. 2013-1071, 2013-1632, 2014-740, 2015-531, 2015-1388, 2015-1598, 2016-582 y 2016-1338, en los cuales se establecieron objetos contractuales específicos y determinados para el desempeño de las diferentes actividades, que fueron ejecutados de manera concreta, temporal, limitada y sin solución de continuidad, cuyas actividades especializadas de acuerdo a la necesidad del servicio se limitaron a las fijadas y desarrolladas bajo el estricto cumplimiento de la naturaleza jurídica de los contratos de este tipo, con un ámbito de liberalidad, autonomía e independencia.

En ese sentido, afirmó que por el contrario se encuentra acreditado que en el contrato de prestación de servicios No. 20131071, así como en otro de los suscritos entre la demandante y FONADE, no se había pactado salario, condiciones y/o

⁷ Ver folios 122 al 137 del exp.

requisitos bajo los cuales esta debía desarrollar sus labores, o que se le impusiera que fueran desempeñadas dentro de las instalaciones de la entidad, bajo una permanente subordinación y control por parte de FONADE, con unas condiciones especiales de cumplimiento de funciones, ordenes u horario de trabajo, de forma ininterrumpida ni mucho menos subordinada, que conlleven a determinar una verdadera relación laboral para que se configure en favor de la parte actora las prestaciones y derechos propios que deprecia.

Conforme a lo anterior, concluyó que las pretensiones de la demanda son improcedentes a todas luces y se encuentran destinadas al fracaso, debido a que no hay lugar a la declaración de nulidad del acto administrativo acusado, pues no se observa causal alguna en la que encuadre para tal efecto, ya que no fue proferida en contravía o infracción de la normativa procedente, ni se observa falta de competencia, irregularidad alguna, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, falsa motivación y mucho menos con desviación de las atribuciones de quien la profirió.

Por lo expuesto, expresó que (I) no hubo una prestación personal del servicio, la demandante no cumplía horario de trabajo, gozaba de independencia en la ejecución del contrato, ella misma establecía su horario, y estuvo relacionado con la necesidad del servicio y la ejecución del objeto del contrato, (II) no se cancelaron sumas de dinero por concepto de salario, los pagos realizados correspondieron al valor de los honorarios pactados en el contrato, conforme a las cuentas de cobro presentadas sustentadas con el informe de actividades que evidenciaba el desarrollo de sus obligaciones contractuales y, (III) tampoco hubo subordinación debido a que no se impusieron indicaciones u ordenes de cómo debía cumplir sus obligaciones contractuales; razón por la cual no se configuran prestaciones sociales ni relación laboral alguna.

3.1.3. 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

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término identificará el problema jurídico, analizará la normatividad aplicable al caso y finalmente resolverá el caso concreto, previo el análisis de las pruebas allegadas y practicadas en el plenario.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en audiencia inicial⁸ quedó trazado de la siguiente manera:

“(…)

*La fijación del litigio dentro del expediente consiste en establecer si los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora **CAROLINA VARGAS BORRERO** y el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO –FONADE, hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL –ENTerritorio**, 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 dicho vínculo...”*

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.

⁸ Ver fls. 62-64 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.

Recuérdese que el artículo 53 de la Carta dispone:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Subrayado fuera de texto)

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:

“(…)

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...”⁹ (Subrayado fuera de texto)

De forma reiterativa el Consejo de Estado, mediante sentencia de 01 de marzo de 2018¹⁰, 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

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-174 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁰ 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).

por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

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

De acuerdo a lo señalado por los Órganos 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.

Prescripción aplicada al contrato realidad

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 32 y 102 del Decreto 1848 de 1969 (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, 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 2016¹¹, 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*

¹¹ 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).

- 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 *dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.
 - III. Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.
 - IV. Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).
 - V. Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.
 - VI. El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).
 - 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.

4.2. CASO CONCRETO

Pruebas relevantes que se encuentran en el presente proceso y que respaldan lo pretendido:

PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO:

Dentro de las pruebas documentales aportadas, se observan certificaciones suscritas por las Gerentes de la Unidad del Área de Seguimiento, Controversias Contractuales y Liquidaciones, y del Grupo de Gestión Post-contractual de FONADE y de Enterritorio¹², en donde se acreditan la suscripción de los siguientes contratos de prestación de servicios personales con el objeto de apoyar como Supervisor Jurídico de los proyectos objeto del Contrato No. 213001 suscrito con Fidubogotá, a través del cual se realizará la interventoría al programa de vivienda gratuita:

ITEM	CONTRATO	FECHA INICIO	TERMINACIÓN	VALOR
1	20131071	19 julio 2013	19 octubre 2013	\$29.276.580
2	20131632	22 octubre 2013	10 enero 2014	\$27.176.580
3	2014740 con adición y prórroga	20 enero 2014	20 enero 2015	\$90.220.052
4	2015531	05 febrero 2015	05 agosto 2015	\$43.260.000
Interrupción 1 mes				
5	20151388	04 septiembre 2015	04 noviembre 2015	\$14.420.000
6	20151598	17 noviembre 2015	17 enero 2016	\$14.420.000
Interrupción 1 mes				
7	2016582	17 febrero 2016	17 mayo 2016	\$22.062.600
Interrupción 1 mes y 18 días				
8	20161338	05 julio 2016	05 septiembre 2016	\$7.354.200

Reposan también los contratos suscritos por la demandante y el extinto FONADE – hoy Empresa Nacional Promotora de Desarrollo Territorial -ENTERRITORIO¹³.

De los contratos suscritos entre la actora y la entidad accionada, así como de las certificaciones referidas se destacan las siguientes obligaciones:

1. Dar cumplimiento a las políticas, directrices y documentos (manuales, procedimientos, instructivos, guías, códigos, formatos, etc.) que

¹² Ver fls. 16-18 expediente principal y 1-2, 4-9 cuaderno 2.
¹³ Ver fls. 19 al 55 del plenario y 30 al 57 del cuaderno administrativo.

conforman el Sistema de Gestión de Calidad SGC, el Sistema de Administración de Riesgos SAR, el Sistema de Control Interno SCI y el Modelo Estándar de Control Interno MECI de FONADE.

2. Presentar la factura o cuenta de cobro en caso del régimen simplificado con la periodicidad acordada en la cláusula forma de pago del presente contrato y antes del vencimiento del periodo mensual a la fecha del correspondiente pago de acuerdo con los procedimientos establecidos, en el evento de no hacerlo el contratista acepta asumir el valor en la proporción que corresponda, por la eventual sanción de corrección e intereses que tal omisión genere en contra de FONADE, de acuerdo con las disposiciones contables y tributarias aplicables.
3. De conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1150 del 2007 y la Ley 1562 de 2012 EL CONTRATISTA debe: A. Estar afiliado a un Fondo de Pensiones. B. Estar afiliado a una EPS. C. Estar afiliado a una Administradora de Riesgos Laborales. D. Realizar los aportes a salud, pensión y riesgos laborales con un ingreso base de cotización (IBC) igual al establecido por la normatividad legal.
4. Si con ocasión de las actividades contractuales a desarrollar, el contratista debe ingresar información en los aplicativos o sistemas de información de la entidad, la información reportada o registrada deberá ser veraz, oportuna y confiable.
5. Desarrollar todas aquellas actividades que redunden en el cumplimiento de los compromisos contractuales asumidos por FONADE en materia de ejecución y liquidación del contrato de interventoría No. 213001 suscrito entre FONADE y FIDUBOGOTA S.A.
6. Apoyar las tareas y actividades que le permitan al coordinador de área dar cumplimiento a los compromisos establecidos en los planes de mejoramiento, planes de acción, sistema de contratación, entre otros.
7. Ejercer la labor de coordinadores de los contratos que le designe FONADE.
8. Ejecutar y realizar todos los actos necesarios para la debida ejecución de los proyectos, dentro del marco de la Metodología de Gerencia Integral de Contratos definida por FONADE.
9. Velar por el cumplimiento de lo establecido en los Manuales de Gerencia y de Interventoría de FONADE vigentes.
10. Velar por el cumplimiento de los Términos de referencia, especificaciones de cada contrato generado por el contrato de Interventoría 213001, en los cuales se deben realizar las macro

actividades de: Planeación, ejecución y cierre de compromisos contractuales.

11. Para desarrollar el seguimiento y control jurídica del contrato de Interventoría 213001 se deben realizar las macro actividades de: Planeación, ejecución y cierre de compromisos contractuales.
12. Obligaciones asociadas a la planeación de las actividades necesarias para ejecutar el contrato de Interventoría No. 213001.
 - a) Apoyar jurídicamente al Gerente del contrato de Interventoría No. 213001 en la elaboración de los respectivos planes operativos, con fundamento en la planeación para la ejecución del contrato de Interventoría suscrito con FIDUBOGOTA SA 2.
13. Obligaciones asociadas a la ejecución de los contratos:
 - a) Apoyar al Gerente del Contrato en la verificación del cumplimiento de la totalidad de requisitos de legalización del contrato y sus novedades.
 - b) Apoyar al Gerente de Contrato en el seguimiento a la ejecución del Contrato de acuerdo a las metas establecidas en el plan operativo y dejar constancia de su seguimiento en los informes de gestión.
 - c) Asistir a los comités operativos o de seguimiento del Contrato, en los casos que se requiera.
 - d) Revisar la correspondencia asociada con la ejecución de los contratos de obra.
 - e) Entregar a FONADE para su respectiva custodia toda la evidencia documental necesaria que se genere en desarrollo de la ejecución del Contrato, es decir, se deberá llevar el registro documental que respalde la ejecución del Contrato y cada uno de sus proyectos, y en todos los casos, garantizar la inclusión de su original en las carpetas de archivo oficial de seguimiento a la ejecución del Contrato, teniendo en cuenta las normas que sobre archivo general debe cumplir FONADE.
 - f) Revisar las respuestas de manera oportuna a la correspondencia externa y a las quejas y reclamos que se registren en desarrollo de los contratos objeto de su seguimiento y control. Revisar jurídicamente la elaboración de los informes que requiera el Gerente del Contrato, FIDUBOGOTA y FONADE, dentro de los términos y plazos que se indique. Elaborar conceptos jurídicos, verbales y escritos, en aquellos asuntos que sean solicitados por el Supervisor del Contrato y/o el Gerente del Contrato de interventoría.
 - g) Durante la ejecución de cada proyecto evaluar las circunstancias que ameriten surtir el trámite de declaratoria de incumplimiento al

Contratista de obra, para lo cual revisará la comunicación respectiva para informar formalmente a FIDUBOGOTA S.A. la recomendación en este sentido y la documentación respectiva a efectos de adelantar el mencionado proceso jurídico, siguiendo para todos los efectos la plena observancia del protocolo de incumplimientos aprobado por FIDUBOGOTA S.A.

h) Asistir a las mesas de trabajo previas al Acuerdo para la Prosperidad del Presidente de la República y participar activamente en las reuniones que se programen con las distintas entidades participantes del proyecto y los entes de control, cuando se requiera y previa autorización de FONADE.

i) Actualizar al equipo de Interventoría con la información referente a la política de vivienda, normatividad vigente y lineamientos que determine el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio - MVCT.

j) Apoyar al equipo de profesionales de Interventoría en las visitas a los proyectos que se le asignen, permaneciendo en campo el tiempo requerido de acuerdo con la programación aprobada, elaborará los informes correspondientes y asistir a las reuniones conjuntas que prepare el FIDUBOGOTA S.A., el MVCT (FONVIVIENDA) FONADE, previa autorización del Supervisor del Contrato.

k) Apoyar en la revisión de las comunicaciones que contengan las observaciones y recomendaciones que se deriven de la ejecución de los diferentes contratos de obra, en los aspectos jurídicos de los mismos, respetando los plazos definidos en los pliegos de condiciones, propuesta y contrato de obra, con el objeto de cumplir los plazos máximos establecidos por el contrato de Interventoría suscrito entre FONADE y FIDUBOGOTA S.A.

l) Revisión de respuestas a requerimientos de los Entes de Control respetando los plazos establecidos por las Entidades y por la Ley.

m) Asistir a los Foros de Auditoria Visible programados por el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción - PPLCC u otras entidades de control, previa autorización de FONADE.

n) Ayudar y velar porque se dé cumplimiento a las obligaciones contraídas por FONADE, en virtud del contrato suscritos entre FONADE FIDUBOGOTA S.A.

14. Obligaciones asociadas al cierre de compromisos contractuales.

a.) Desarrollar las actividades que el Área de Desarrollo Económico y Social, solicite para dar cumplimiento de los compromisos adquiridos por

FONADE y en particular con el logro de las metas en materia de liquidación.

b.) Realizar seguimiento permanente al proceso de liquidación de contratación derivada y asegurar el cumplimiento de los compromisos estipulados en las actas de liquidación

15. Las demás que se deriven de la naturaleza, objeto y alcance del contrato.

Es de indicar que en efecto la prestación del servicio de la demandante se prolongó por más de tres (3) años, pues se acredita la suscripción de 8 contratos desde el 19 de julio de 2013 al 05 de septiembre de 2016; sin embargo, existió interrupción entre algunos, computando los términos entre la finalización y el inicio del siguiente contrato, así:

- Entre el 2015531 de 2015 y el 20151388 de 2015 **(20 días hábiles).**
- Entre el 20151598 de 2015 y el 2016582 de 2016 **(23 días hábiles).**
- Entre el 2016582 de 2016 y el 20161338 de 2016 **(32 días hábiles).**

De igual manera, fueron allegados con la contestación de demanda los cronogramas de ejecución de actividades de la actora, con supervisión de la Gerente del Contrato Silvia Rodríguez Ballesteros¹⁴.

RETRIBUCIÓN DEL SERVICIO:

De conformidad con las certificaciones visibles a folios 16-18 expediente principal y 1-2, 4-9 cuaderno 2, emitidas por las Gerentes de la Unidad del Área de Seguimiento, Controversias Contractuales y Liquidaciones, y del Grupo de Gestión Post-contractual de FONADE hoy Enterritorio, así como de la totalidad de los contratos celebrados entre las partes obrantes a folios 19 al 55 del plenario y 30 al 57 del cuaderno administrativo, se puede establecer que la señora Carolina Vargas Borrero laboró bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios y que el objeto de los mismos era prestar servicios de supervisión jurídica de los contratos que se requirieron suscribir para la ejecución de los proyectos objeto del contrato No. 213002 suscrito con FIDUBOGOTA, de igual forma que bajo el último de los contratos de prestación de servicios el valor de los honorarios percibidos fue de \$7.354.200, lo que muestra la retribución del servicio personal por ella prestado a la entidad accionada.

¹⁴ Ver fls. 15 del exp. y 64 del C. 2.

Así las cosas, hasta el momento se encuentra probada la prestación personal del servicio y la remuneración; sin embargo, no puede llegarse a la conjetura del contrato realidad con motivo de la suscripción de los contratos de prestación de servicios entre las partes, que como se vio no se pactaron de forma sucesiva e ininterrumpida, y su consecuente retribución, sino que es menester también encontrar probada la *subordinación y dependencia* de la actora frente a la demandada, propia de una relación laboral ajena a la autonomía técnica, financiera y administrativa que corresponde a una contratista independiente.

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de ejecución de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación, pues, para el caso que nos ocupa el cronograma de ejecución de actividades, hace parte de las obligaciones del contratista para obtener el pago de sus honorarios, en atención a que el cumplimiento satisfactorio de su labor, tenía que ser verificado por el supervisor del contrato.

En este sentido, advierte el Despacho que no se encontró probado dicho elemento, dado que la demandante no demostró haber estado sujeta al cumplimiento de órdenes a través de correos, memorandos, requerimientos, circulares o cualquier otro documento que permitiera inferir que ella se encontraba bajo la subordinación de algún jefe inmediato. La prueba documental aportada, da cuenta que estuvo desarrollando las actividades pactadas en cada uno de los contratos de prestación de servicios para cubrir las necesidades temporales para la supervisión jurídica de los contratos requeridos para la ejecución de los proyectos objeto del contrato No. 213002 suscrito con FIDUBOGOTA, en atención a los cuales se requería el cumplimiento de unos presupuestos particulares debido a la especialidad y necesidad del servicio en dicha materia contractual y la cual no podía lograrse con el personal de planta, en el que se acreditó por demás, que la denominación del empleo de “abogado supervisor jurídico” no existe dentro de la planta de personal¹⁵.

Por otra parte, se observa que la vinculación se efectuó de conformidad con el estatuto de contratación estatal vigente para la época, esto es, la Ley 80 de 1993, en consecuencia, una vez ejecutada la labor para la cual fue contratada la

¹⁵ Conforme lo certificara el Gerente de Unidad del Grupo Gestión del Talento Humano de ENTerritorio (Ver fl. 3 del cuaderno administrativo)

demandante no había obligación de la entidad de efectuar renovación alguna y menos aún, de reconocer prestaciones de carácter laboral, las cuales desvirtuarían la naturaleza del contrato de prestación de servicios suscrito con aquella.

De otro lado, tampoco se demostró dentro de las diligencias que el antiguo FONADE contara con el empleo dentro de la planta de personal con asignación de funciones para cumplir con el objeto sobreviniente para la interventoría al programa de vivienda gratuita, lo que conllevó a acudir a contratistas externos, pues tal como lo certificó el Gerente de Unidad del Grupo de Gestión del Talento Humano de ENTerritorio a folio 3 del expediente administrativo, el empleo con la denominación Abogado – Supervisor Jurídico, no existe dentro de su planta de personal, por lo que no allegó el manual de funciones que permitiera determinar que estas correspondían a un determinado cargo de la entidad, como se advirtió líneas atrás.

Ahora bien, respecto del factor horario como uno de los elementos característicos de la subordinación con que se pretende probar la estructuración de la relación laboral, el Despacho encuentra que tampoco se demostró dentro de este proceso, puesto que la labor contractual al requerir conocimientos especializados debe estar sujeta a la prestación personal del servicio y al cumplimiento de los reglamentos de la administración pública.

En el mismo entendido, ya en reiterada jurisprudencia se ha señalado que el cumplimiento de un horario no corresponde necesariamente con la existencia de un contrato laboral en contraposición al de prestación de servicios, en el entendido que de conformidad con la naturaleza de la entidad y de la labor contratada, era imperativo para el contratista adecuar la prestación de sus servicios al horario de actividades de la entidad que le requirió.

Frente a la situación planteada, es preciso recordar el principio universal de derecho consistente en que quien reclama un derecho subjetivo está obligado a demostrar la existencia de los supuestos de hecho que lo generan, regla consagrada en el artículo 1757 del Código Civil, aplicable en materia laboral, en virtud del cual *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”*, y que es reafirmado por el artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Como se puede ver, dentro de las cargas procesales fijadas por la Ley a las partes se encuentra la institución de la carga de la prueba; esta concierne a quien tiene interés en los efectos jurídicos de las normas que regulan los supuestos de hecho afirmados o negados, toda vez que la finalidad última de la actividad probatoria es lograr que el Juez se forme una convicción sobre los hechos, por lo que el deber de aportar regular y oportunamente las pruebas al proceso está en cabeza de la parte interesada en obtener una decisión favorable.

Siguiendo este razonamiento, no hay la menor duda de que la parte demandante desde un comienzo tenía conocimiento de la naturaleza jurídica del vínculo que le unía con el entonces Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE, por cuanto lo reconoce desde el escrito introductorio, y dentro de una sana lógica debe concluirse que esa era la relación pretendida por las partes, toda vez que bajo esa modalidad contractual podían asegurarse los fines por ellos propuestos, por un lado prestar unos servicios particulares, específicos ofertados a la entidad, y esta, a cancelar oportunamente los honorarios establecidos en cada contrato, las cuales no podían ser desempeñadas por su personal de planta, cuya contratación fue expresamente autorizada por la ley, como previamente se señaló en el acápite pertinente.

De esta manera, encuentra el Despacho que en la relación que unió a las partes está ausente uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo como es la subordinación, y ante la ausencia de este requisito, no podrá declararse la existencia de una relación laboral, ni el consecuente pago de las prestaciones sociales invocadas en la demanda, toda vez que como quedó plasmado la labor desarrollada por la demandante no fue prestada bajo una continuada subordinación y dependencia, sino que fue resultado de una relación estrictamente contractual bajo las condiciones que la Ley 80 de 1993 dispuso para el efecto.

Analizada la demanda, su contestación, el material probatorio allegado al informativo, así como las alegaciones finales 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 negadas las súplicas de la demanda.

COSTAS:

Finalmente, la instancia no condenará en costas, en razón a que el artículo 188 del C.P.A.C.A. no exige tal medida, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial y teniendo en cuenta que este Despacho no encontró respecto a la parte vencida una conducta reprochable, no se hace necesaria la sanción.

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,

FALLA

PRIMERO: DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda instaurada por la señora **CAROLINA VARGAS BORREGO** identificada con cédula de ciudadanía No. 36.288.489 de Pitalito -Huila, contra la **EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DEL DESARROLLO TERRITORIAL -ENTerritorio**, antes **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO -FONADE**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia.

TERCERO: Una vez en firme esta sentencia, archívese el expediente previas las anotaciones a las que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez