



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

Santa Marta D.T.C.H., siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 47-001-3331-008-2006-00592-00.
Demandante: William Lubo Ebrath
Demandado: Municipio de Fundación

Agotadas las solemnidades propias del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia, conforme a los parámetros normativos del caso, con observancia del siguiente esquema: I.- Antecedentes. 1.1 La demanda; 1.2.- Contestación de la demanda; 1.3.- Trámite del proceso; 1.4.- Alegatos de conclusión; 1.5.- Concepto del Ministerio Público. 2.- Consideraciones: 2.1.- Problema jurídico; 2.2.- Pruebas. 2.3.- Marco jurídico aplicable. 2.4.- Caso concreto. 3.- Condena en costas.

1. ANTECEDENTES

A través de apoderado judicial, el señor William Lubo Ebrath, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.589.495, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Fundación, en procura de obtener el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- La demanda

1.1.1.- Declaraciones y condenas

La demanda se presenta a efectos de obtener de esta jurisdicción las pretensiones que se muestran en la captura de pantalla que sigue:

137 C.C.A.
Numeral 2°

PRETENSIONES

138 C.C.A.

DECLARACIONES

Declarar la Nulidad del OFICIO PU N° 058-05, expedido por el Profesional Universitario de la Oficina Jurídica del Municipio de FUNDACION, mediante el cual se NIEGAN las peticiones formuladas por intermedio de apoderado el 09 de diciembre de 2005, en lo que tiene que ver con mi poderdante **LUBO EBRATH, WILLIAM**

138 C.C.A.

CONDENAS

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONDENAR al MUNICIPIO DE FUNDACION a:**

1. Reconocer la existencia laboral establecida entre el municipio de FUNDACION y mi poderdante.
2. Reconocer liquidar y pagar a mi mandante, los salarios y prestaciones sociales, determinados por el Gobierno Nacional, para el Grado del Escalafón Nacional Docente ostentado por mi poderdante desde la fecha de su ingreso como docente del Municipio de Fundación, hasta el momento de su incorporación a la nómina de la planta de personal del Departamento del Magdalena, con relación de diferencias salariales, prima de navidad, prima de alimentación, prima de servicio, cesantías, intereses anuales de cesantías, subsidio familiar, vacaciones, auxilio de transporte, dotaciones de calzado y vestido de labor, bonificación especial establecida en el Decreto 707 de 1996, entre otras.
3. Reconocer, liquidar y pagar los aportes con destino al Sistema Nacional de Seguridad Social en pensiones y girarlos a la entidad correspondiente.
4. Reconocer y pagar a mi mandante la indexación o corrección monetaria sobre las sumas que dejó de percibir por concepto de sus Salarios, prestaciones sociales, conforme a la Escala de Remuneración, fijada por el Gobierno Nacional para Escalafón Nacional Docente en el grado que le corresponda, incluyendo todos los Factores Salariales.
5. Que las anteriores sumas sean actualizadas de conformidad con lo previsto en el Artículo 178 del C.C.A. y se reajustar su valor desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria del correspondiente fallo.
6. Dar estricto cumplimiento a la sentencia conforme lo dispone el artículo 176 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.
7. Pagar las costas procesales en que debió incurrir mi mandante.



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

1.1.2.- Hechos de la demanda:

Como fundamento fáctico de las pretensiones narró lo siguiente:

1. *"Mi poderdante laboró como docente del municipio de Fundación hasta cuando fue incorporado a la planta de personal docente del Departamento del Magdalena.*
2. *Desempeñó sus funciones bajo las órdenes de la administración municipal en idéntico calendario y jornada laboral que los demás docentes que laboran en la actividad estatal de la docencia para la misma entidad manteniendo una relación de carácter laboral con la administración municipal, pues se dieron los requisitos para ello, tales como: salarios, subordinación y prestación del servicio.*
3. *De acuerdo al grado en el escalafón en que se encontraba mi poderdante, el municipio nunca le pagó su salario de acuerdo a la escala fijada por el gobierno nacional, como tampoco le pagó lo relacionado a prima de navidad, prima de alimentación, prima de servicio, cesantías, intereses anuales de cesantías, subsidio familiar, vacaciones, auxilio de transporte, dotaciones de calzado y vestido de labor, bonificación especial establecida en el decreto 707 de 1996, entre otras, vulnerando su derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y su derecho al mínimo vital, en tanto, el no pago de sus salarios y prestaciones sociales completos, afecta su subsistencia y la de su familia, pues es única fuente de ingresos con la que cuenta para su subsistencia, que es la producida por su trabajo, esto es su salario.*
4. *Así las cosas, a mi mandante no le han reconocido los salarios periódicos que le corresponden, ni sus prestaciones sociales de que trata el artículo 23 de la ley 715 de 2001.*
5. *Igualmente se abstuvo de girar los aportes con destino al Sistema Nacional de Seguridad Social correspondiente".*

1.1.3.- Normas violadas y concepto de violación:

Señaló como normas violadas las siguientes:

Constitución Nacional: artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 25, 29, 53, 58.

Normas: Decreto Ley 2277 de 1979, Leyes 43 de 1975, 91 de 1989, 60 de 1993, 115 de 1994, 715 de 2001 y 812 de 2003.

Actos legislativos: N° 01 de 2001 y N° 01 de 2005.

Concepto de Violación: Se refiere a la Constitución como la norma que organiza los poderes del Estado y como norma suprema de donde deviene el ordenamiento jurídico subordinado a la misma Constitución; afirma que, sobre la base del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, y a la luz de los artículos 13 y 25 de la Carta, existen razones suficientes para anular el acto administrativo u oficio que negó las solicitudes del demandante ante el demandado por las flagrancias a dichas normas.

Así pues, señala que, el demandado fue vinculado mediante contratación u órdenes de prestación de servicios, enmascarando una verdadera relación laboral por cuanto se cumplían



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

los requisitos generales de una vinculación laboral, como trabajar bajo subordinación de la administración municipal, cumpliendo horarios y fechas de entrega de notas y directrices de un director y coordinador de la institución escolar, tal como lo hacían todos los docentes al servicio oficial; el servicio prestado se hacía en forma personal y simultáneo con los demás docentes y, además, el servicio era remunerado periódicamente al igual que a los demás maestros, pero a diferencia de aquellos, es decir, los profesores oficiales nombrados por decreto y asumidos a una nómina, quienes tenían una remuneración definida en una tabla nacional del Ministerio de Educación Nacional, los docentes contratados por OPS, en sus contratos se estipulaba que el monto salarial sería pagado en atención al grado en el escalafón, sin embargo, la suma cancelada era diferenciada e inferior, aunado al no pago a salud, pensión y demás prestaciones sociales. Por lo que reclama la nulidad del acto administrativo a fin de que sean reconocidas las pretensiones solicitadas en la demanda.

1.2.- Contestación de la demanda

La parte demandada contestó extemporáneamente la demanda. Sobre ello se destaca que, el accionado municipio de Fundación guardó silencio a pesar de ser notificada en debida forma, tal y como consta a fl. 37 del expediente.

No obstante, el 07 de septiembre de 2011 el demandado por intermedio de apoderada dio contestación extemporánea a la demanda (fls. 44 a 71).

1.3.- Trámite del proceso

La demanda de la referencia fue presentada el 06 de junio de 2006, por lo que, por auto de 18 de septiembre de 2006 se ordenó corregir la demanda, siendo subsanada por la parte accionada y admitida mediante auto de 02 de febrero de 2007 (fl. 28). Vencido el término de traslado la entidad demandada no contestó la demanda, por lo que por auto de 17 de agosto de 2011 se tuvo por no contestada la demanda por el extremo accionado y se abrió el periodo probatorio (fl. 39). Seguidamente, en providencia de calenda 25 de enero de 2012 (fl.73) se requirió por segunda vez al ente demandado para que aportara las pruebas deprecadas.

Posteriormente, por auto de 30 de abril de 2014 (fl. 103) se ordenó correr traslado por el término de diez (10) días para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión, siendo radicados solo los del Ministerio Público (fl. 104-114), en consecuencia, se dictó sentencia el 30 de mayo de 2014 por parte del Juzgado 3o Administrativo de Descongestión (fl.115) que venía tramitando el asunto, declarando de oficio la excepción de caducidad.

En consecuencia, la parte demandante presentó recurso de apelación el 20 de junio de 2014 (fl. 119), siendo concedido el recurso por auto de 08 de julio de 2014 (fl. 122) y remitiéndose el mismo al Tribunal Administrativo del Magdalena (fl. 132), quien por auto de 13 de abril de 2015 (fl. 135) admitió el recurso de apelación formulado y por auto de 04 de mayo de 2015 (fl. 138) corrió traslado para alegar de conclusión.

Por lo que, el 26 de septiembre de 2018 profirió sentencia de segunda instancia (fl. 197) en la que ordenó revocar la decisión de primera instancia y en consecuencia, devolver el expediente a este despacho para resolver de fondo el asunto de la referencia.



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

Así las cosas, por auto de 15 de noviembre de 2018 (fl. 242) el despacho avocó el conocimiento del asunto y decidió obedecer y cumplir lo resuelto por el superior.

1.4.- Alegatos de conclusión:

1.4.1.- Parte demandante:

Guardó silencio en esta etapa procesal.

1.4.2.- Parte demandada:

No presentó alegatos de conclusión.

1.5.- Concepto del Ministerio Público:

El delegado del Ministerio Público ante el despacho, rindió concepto considerando que, las ordenes de servicios o contratos de prestación de servicios a los docentes para prestar servicios idénticos a los prestados por los docentes de planta, es una simulación por parte de la administración para evadir el pago de las prestaciones sociales derivadas de una verdadera relación de carácter y naturaleza laboral de derecho público, por cuanto la dependencia es, consustancial al ejercicio docente. Por lo que, este tipo de vinculación son estimadas un disfraz o trampa al ordenamiento jurídico para evadir las garantías del trabajador en detrimento de sus intereses económicos, sociales y profesionales. En razón de lo anterior, afirma, se colige palmariamente, que el acto administrativo que deniegue, desconozca o desdibuje los derechos salariales y prestacionales que le correspondan a los docentes contratados mediante contratos u órdenes de prestación de servicios, es un acto ilegal que entraña un vicio que al ser sometido al control judicial de legalidad en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, necesaria e inexorablemente desembocará en la declaración de su nulidad, sin perjuicio de la indemnización que se deba al afectado contratista a título de restablecimiento del derecho”, y concluye, por tanto, los contratos u órdenes de servicio del señor William Lubo Ebrath constituyen una verdadera relación laboral.

Refiriéndose a la figura de la prescripción, considera que la parte opositora la invocó como mecanismo de excepción, además basado en los artículos 41 del decreto 3135 de 1968 y 102 del decreto 1848 de 1969 que disponen *"Las acciones que emanan de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual"*, sobre el caso concreto, consideró que al demandante le empezó a correr el fenómeno jurídico de la prescripción a partir de la terminación de la última vinculación laboral, el 23 de junio de 2002, prescripción que solo se pretendió el 09 de diciembre de 2005, es decir (2) dos meses después, y concluye, afirmando que las acreencias laborales se encuentran prescritas. Corolario de lo anterior, conceptúa solicitando la denegación de las pretensiones de la demanda.



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar lo actuado, entra el Despacho a adoptar la decisión de fondo que en Derecho corresponda, previo al estudio de las pruebas que obran en el proceso.

2.1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el C.C.A. el Despacho es competente para decidir el presente asunto.

2.2. Problema Jurídico.

Corresponde al Juzgado en el presente caso determinar si el acto administrativo demandado, esto es, el oficio PU N° 58-05 de 2005, expedido por el municipio de Fundación – Magdalena, por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral entre las partes, así como el pago de las prestaciones sociales, salarios y demás emolumentos solicitados por el demandante a través de apoderado judicial el día 09 de diciembre de 2005— adolece de los vicios señalados en la demanda, para lo cual, se deberá establecer: i) si en el caso del señor WILLIAM LUBO EBRATH, se demostró la concurrencia de los elementos constitutivos de la relación laboral como son: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación continuada, en caso afirmativo, ii) determinar si el demandado ente territorial canceló las obligaciones laborales derivadas de los contratos de prestación de servicios suscritos con el señor William Lubo Ebrath.

2.3.- Medios Probatorios

Documentales:

- Solicitud de reconocimiento de una relación laboral y pago de prestaciones sociales y emolumentos laborales incoada por el accionante ante la entidad demandada el día 09 de diciembre de 2005 (fl. 10).
- Oficio PU No. 058-05, por medio del cual, el municipio de Fundación niega la solicitud de reconocimiento de una relación laboral y pago de prestaciones sociales y emolumentos laborales incoada por el accionante (fl. 11 y 24-26).
- Memorial de 21 de marzo de 2012 remitido por el ente demandado en el que indica que no posee sistematizados los archivos, motivo por el cual se le dificulta suministrar al despacho la información requerida, pues necesita las fechas de vinculación del accionante para proceder a certificar el tiempo de servicio (fl. 77).
- Copia del Contrato de Prestación de Servicios u orden de servicios No. SE 089-A, suscrito entre el señor William Lubo Ebrath y el Municipio de Fundación, cuyo objeto es, "*prestar servicios educativos en AINST. FUNDACIÓN, especialidad HUMANIDADES*" con grado escalafón docente 1 y su plazo de ejecución "desde 16 de mayo de 1999 hasta 15 de noviembre de 1999, con una asignación básica mensual de \$296.503 (fl. 90).
- Copia del Contrato de Prestación de Servicios u orden de servicios No. SE 066, suscrito entre el señor William Lubo Ebrath y el Municipio de Fundación, cuyo objeto es, "*prestar servicios educativos, especialidad Inglés*" con grado escalafón docente 1 y su plazo de ejecución "desde



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

01 de marzo de 2000 hasta 15 de junio de 2000, con una asignación básica mensual de \$407.690 (fl. 92).

- Copia del Contrato de Prestación de Servicios u orden de servicios No. SE 066- A, suscrito entre el señor William Lubo Ebrath y el Municipio de Fundación, cuyo objeto es, "*prestar servicios educativos, especialidad artística*" con grado escalafón docente 1 y su plazo de ejecución "desde 16 de junio de 2000 hasta 15 de noviembre de 2000, con una asignación básica mensual de \$407.690 (fl. 94).

- Copia del Contrato de Prestación de Servicios u orden de servicios No. SGP-E-012, suscrito entre el señor William Lubo Ebrath y el Municipio de Fundación, cuyo objeto es, "*prestar servicios educativos, en el Colegio 23 de febrero*" con grado escalafón docente 1 y su plazo de ejecución de 3 meses "desde 02 de septiembre de 2002 al 30 de noviembre de 2002, con una asignación básica mensual de \$477.750 (fl. 96).

- Copia del Contrato de Prestación de Servicios u orden de servicios No. 1678 de 1º de agosto de 2003, suscrito entre el señor William Lubo Ebrath y el Dpto. del Magdalena, cuyo objeto es, "*prestar servicios educativos en el colegio 23 de febrero de Fundación*" con grado escalafón docente 1 y su plazo de ejecución cuatro meses desde su firma el 1º de agosto de 2003, con una asignación básica mensual de \$467.750 (fl. 99).

- Memorial enviado el 22 de junio de 2017 por el Municipio de Fundación donde remite o aporta los documentos u ordenes de prestación de servicios que le fueron requeridos (siendo estos los listados previamente) (fl. 185).

2.4.- Marco jurídico y jurisprudencial

La Constitución Política de 1991, en el Capítulo II, relativo a la función pública, dispone que "*no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente*" (art. 122 CP.), y seguidamente señala que "*los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley...*" (art. 125 CP.).

De suerte que, conforme con las normas citadas, la vinculación a la administración para el ejercicio de la función pública puede ser de varios tipos de acuerdo con el ordenamiento jurídico y según las especificidades propias de las circunstancias, las cuales desde el punto de vista ordinario son: legal y reglamentaria (empleado público) y laboral contractual (trabajador oficial). Es decir que, sólo excepcionalmente se vinculará a contratistas para la prestación de sus servicios (relación contractual estatal).

En ese orden, los dos primeros; es decir, el vínculo legal y reglamentario y laboral contractual, obedecen a una relación de índole laboral, por lo tanto, tienen elementos esenciales que los hacen diferentes al estatal de prestación de servicios, por cuanto, en ellos se presenta (i) la subordinación al empleador, (ii) la prestación personal del servicio y (iii) el pago de una remuneración. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad es independiente, puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica, caracterizándose, porque carece del elemento de subordinación laboral o dependencia.

Sin embargo, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, puesto que, el contrato de prestación de servicios, como lo ha sostenido la Corte Constitucional^[1] y el Consejo de Estado^[2], no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales.

En efecto, el contrato de prestación de servicios se funda en el desarrollo de una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada; es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien suscribe un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. Por consiguiente, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre un particular y una entidad pública, y se acredita la existencia de los tres elementos propios de todo contrato de trabajo - subordinación, prestación personal del servicio y remuneración-, surge el derecho a que sea reconocida una relación laboral que, en consecuencia, confiere al contratista las prerrogativas de orden prestacional, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Sobre este último aspecto, la Corte Constitucional^[3], en un juicio de constitucionalidad abstracto del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, "*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*", destaca aspectos sobresalientes, en torno a las facultades desplegadas por las Empresas Sociales del Estado, para contratar con terceros, la prestación de ciertos servicios, indicando lo siguiente:

"En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a "la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucionales y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)"^[4]; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando "las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral"; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si "las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual"; (iv) al criterio de excepcionalidad, si "la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta"; y (v) al criterio de continuidad, si "la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral".^[5]

En suma, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el carácter de propio o permanente de la función contratada por una entidad del Estado, permite diferenciar si realmente se trata de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios, ya que si la labor contratada hace parte de las funciones permanentes de la entidad o puede ser realizada por empleados de planta o no requiere conocimientos especializados, se trata en realidad de un contrato laboral aunque las partes le den el nombre y forma de contrato de prestación de servicios.

^[1] Sentencia C-154/1997, con ponencia del Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

^[2] Consejo de Estado, secc. 2ª, sub-secc. "B", sentencia del 25 de marzo de 2010. CP Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, Exp. 1131-09.

^[3] Sentencia C-171/12

^[4] Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

^[5] Ibidem.



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

5.6 En consecuencia, esta Corporación reitera aquí la regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución. A este respecto, esta Corte ha reconocido que actualmente se presenta un aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración, lo cual se ha convertido en una "práctica usual en las relaciones laborales con el Estado", ha conducido a "la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas", y ha dado lugar a las denominadas "nóminas paralelas" o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados outsourcing.^[6]

Así, la Corte ha evidenciado la existencia de una gran brecha entre la regla de prohibición de contratación de servicios de funciones permanentes de las entidades públicas y la realidad fáctica relativa a este tema, constatando al efecto la falta de eficacia real de dicha prohibición derivada de los preceptos constitucionales mencionados, ineficacia que afecta temas estructurales de la Carta de 1991, como los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera enfática la abierta inconstitucionalidad de "... todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas ... legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo".^[7]

(...) En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la existencia de claros límites constitucionales a la contratación estatal derivados directamente de la Carta Política en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, de manera que ésta debe respetar prevalentemente la regla general de acceso al trabajo permanente con el Estado, de respeto por la vinculación laboral con la administración, y por tanto la prohibición respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de carácter permanente o propias de la entidad, cuando exista personal de planta que pueda desarrollarlo o cuando no se requieran conocimientos especializados. En consecuencia, esta Corporación ha advertido e insistido, especialmente a las autoridades administrativas o empleadores del sector público, pero también a los particulares o empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales mencionadas, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades privadas o públicas, ya que esta práctica "desdibuja el concepto de contrato" y "porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores" "pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales".^[8] (Negritas del Original)

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, en los casos en que el contratista logra desvirtuar que el contrato de prestación de servicios oculta la existencia de un contrato laboral, tiene derecho a recibir la cancelación de las prestaciones sociales dejadas de pagar. Referente a la carga de la prueba ha indicado^[9]:

"El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales; sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 199720, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador"^[10], evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.²

² [6] Ibidem.

[7] A modo de ejemplo, la Corte se ha referido al caso de las cooperativas de trabajo asociadas, que "se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral". Sentencia C-614 de 2009.

[8] Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[9] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B", C.P: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, 17 de marzo de 2011, Radicación número: 47001-23-31-000-2005-00818-01(1017-10); también se puede ver el pronunciamiento de esta Corporación, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", C.P: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, 4 de marzo de 2010, Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08).

[10] Negritas del despacho.



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

Al respecto, esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Tal tesis, se contraponen a la Jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que concurra un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o de tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación. Así se estipuló en sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. El razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado del 23 de junio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada ya desde la sentencia del 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98).

*De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (...) Se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito. **Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso.** (Negrillas de la Sala)*

Así las cosas, se concluye que para tener derecho al pago de acreencias laborales, el contratista debe demostrar indispensablemente la existencia de una relación de trabajo, sin duda que le incumbe a él acreditar en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, cuya importancia viene dada justamente en que se trata del componente que de marca la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato realidad (relación laboral), adicionalmente el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor. Siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales^[11].

Finalmente y respecto de la prescripción de los derechos en las controversias relacionadas con el contrato realidad, el Consejo de Estado^[12] en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, definió los siguientes parámetros³:

³ ^[11] Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 27 de enero de 2011, Exp. 1998-03542-01(0202-10).

^[12] sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

"Unifícase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (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, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (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; (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; (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; (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; y (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, 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 conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.

2.º Unifícase la jurisprudencia en lo referente a que en las controversias relacionadas con el contrato realidad, (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, por las razones indicadas en la motivación..."

2.4.1. Contrato realidad en la labor docente

En materia de contrato realidad docente, ha señalado el H. Consejo de Estado en Sentencia 00260 de 2016 de 25 de agosto de 2016 lo siguiente:

"Existencia de la relación de trabajo con el Estado (contrato realidad) en la labor docente. En principio cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), dispone: "Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable". Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual. Por su parte, la honorable Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones "no puedan realizarse

^[13] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 18 de septiembre de 2014, Expediente No. 68001-23-33-000-2013-00161-01 (0739-2014) Actor: Elkin Hernández Abreo.



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

con personal de planta o" y "En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales" contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 199736, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

"Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes; En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos. En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente. Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo". Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 196837, "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 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". La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una relación laboral. Frente al tema, expuso: "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



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

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". De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia. En otras palabras, el denominado "contrato realidad" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales³⁸. De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda³⁹ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión. En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979⁴⁰ define como docente a quien ejerce la profesión de educador, es decir, "... el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo"⁴¹. Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones⁴² y prohibiciones⁴³, entre las que se destacan: (i) "Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos", (ii) "Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo" y (iii) no "... abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa". La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 10444 de la Ley 115 de 1994⁴⁵ (ley general de educación) al prever que "El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos...", norma en la que además se consideró al servicio educativo como público y de responsabilidad de la Nación y de las entidades



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

territoriales, debidamente reglamentado por el gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional en coordinación, con las secretarías de educación departamentales, municipales y distritales, bajo el denominado plan nacional de desarrollo educativo de revisión decenal. Ahora bien, en relación con las actividades y/o funciones de los docentes temporales⁴⁶ y docentes - empleados públicos, en el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 60 de 1993⁴⁷ se dispuso un régimen transitorio de seis años, con el objeto de incorporar progresivamente a las plantas de personal a aquellos vinculados por medio de contratos de prestación de servicios, precepto que alentaba la disparidad entre dichos regímenes jurídicos y fue objeto de censura constitucional en la sentencia C-555 de 1994⁴⁸ por infracción al artículo 13 superior, ya que con la citada incorporación progresiva⁴⁹ de los "docentes-contratistas" se afianzaba su vocación de permanencia sin discusión alguna y "... la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores", pues de mantenerse la norma, se permitiría una desigualdad material.⁵⁰ prohibida en la Constitución Política

La Corte Constitucional, en las consideraciones del citado fallo, sostuvo además que la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de conformidad con "**Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales**" .. Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada⁵¹ de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación. Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios⁵², comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno⁵³, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, conaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio. A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajan, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado". (negritas y subrayado fuera del texto original).

2.4.2. Sentencia de unificación por importancia jurídica - SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de 9 de septiembre de 2021, resolvió los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, de 11 de diciembre de 2015, a través de la cual esa corporación accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. En la providencia descrita, el Consejo de Estado, decidió unificar jurisprudencia por importancia jurídica, con



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

base en el artículo 271 de la ley 1497 de 2011, señalando estas 3 reglas en el evento de develar relaciones laborales encubiertas o subyacentes:

Síntesis de las reglas objeto de unificación:

-La primera regla define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3º 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 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.

-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.

- 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.

Los principales argumentos de la Alta Corporación en esta SU se sustentan en tal sentido:

"3.1.4. Unificación del sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 131. La autorización prevista en el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para celebrar contratos de prestación de servicios cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, es esencialmente temporal; por lo tanto, este tipo de contratos, cuando se suscriben con personas naturales, no pueden concatenarse indefinidamente en el tiempo.

132. Siguiendo esa lógica, el «término estrictamente indispensable», al que alude la referida norma, tiene lugar en la fase precontractual, pues es en esta donde la entidad contratante aproxima, en función del objeto a contratar y de los recursos disponibles, el tiempo máximo que estima «imprescindible» para su ejecución. En otras palabras, la vigencia del contrato debe ser por el tiempo necesario para ejecutar el objeto contractual convenido, y este debe estar sujeto al principio de planeación, que encuentra su manifestación práctica «en la elaboración de los estudios previos a la celebración del negocio jurídico, pues es allí donde deberán quedar motivadas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios».

133. No obstante lo anterior, en la práctica, durante el término de ejecución de los contratos, suele ocurrir que se presentan ciertas situaciones imprevistas que exijan su prórroga; por lo cual, en algunos casos, el tiempo estimado, ab initio, como «el ajustado enteramente a la necesidad», puede resultar insuficiente. En cualquier caso, las mismas razones que en su momento justificaron la planeación del contrato inicial y la suscripción de los contratos modificatorios del plazo de ejecución, deben encontrar soporte en los mencionados estudios previos.

134. En ese orden de ideas, la Sala unifica el sentido y alcance del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.

135. Para la Sala, la anterior interpretación unifica el significado y alcance del «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual se acompasa plenamente con la interdicción de prolongar indefinidamente la ejecución de los contratos estatales de prestación de servicios."

En cuanto a la prescripción, se ratifica en:



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

"149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral."

Sobre el tema del término para tener en cuenta a fin de establecer la no solución de continuidad en la relación laboral subyacente, se estableció:

"3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad"

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse".

Sobre el tercer problema jurídica planteado en esta Sentencia de Unificación:

"162. En definitiva, es claro que las anteriores sentencias guardan armonía con el artículo 48 de la Carta, que consagra expresamente que «no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella», en tanto han interpretado que los aportes de los afiliados al régimen de la Seguridad Social en salud son contribuciones parafiscales y, por lo tanto, no pueden ser utilizados con una finalidad distinta de la que establece el marco funcional de las instituciones de la Seguridad Social.

3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de 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.” (negritas y subrayado fuera del texto original).

2.5.- Análisis de legalidad del acto administrativo demandado en el caso concreto.

El Despacho se ocupará del estudio de las pretensiones de la demanda, en virtud de la cual se solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio PU No. 058-05, por medio del cual, el Municipio de Fundación negó la petición de existencia de una relación laboral y con ello el reconocimiento y pago de los derechos y prestaciones laborales formulada por el señor William Lubo Ebrath.

2.5.1.- En cuanto a la existencia de la relación laboral

Con el propósito de verificar si en el *sub iudice*, se acredita la concurrencia de los elementos que permiten declarar la existencia de una relación laboral, es decir, (i) la prestación personal del servicio, (ii) una contraprestación remunerativa y (iii) la subordinación, resulta necesario revisar las pruebas que militan en el expediente, encontrando que en el mismo obran copias de los contratos u ordenes de prestación de servicios celebrados entre las partes de este proceso y se relacionan a continuación:

No	Contrato / Orden de prestación de servicios	Objeto	Fecha inicial	Fecha final	Duración	Valor Mensual Valor Total Contrato
1	No. SE 089-A	"PRESTAR SERVICIOS EDUCATIVOS EN INST. FUNDACIÓN ESPECIALIDAD HUMANIDADES"	16 DE MAYO DE 1999	15 DE NOVIEMBRE DE 1999	6 meses	\$296.503 \$1.779.018
2	No. SE 066	"PRESTAR SERVICIOS EDUCATIVOS"	1º DE MARZO DE 2000	15 DE JUNIO DE 2000	4 meses	\$407.690



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

		EN COLEGIO 23 DE FEBRERO DE FUNDACIÓN ESPECIALIDAD INGLÉS."				\$1.426.915
3	No. SE 066-A	"PRESTAR SERVICIOS EDUCATIVOS EN COLEGIO 23 DE FEBRERO ESPECIALIDAD ARTÍSTICA."	16 DE JUNIO DE 2000	15 DE NOVIEMBRE DE 2000	5 meses	\$407.690 \$2.038.450
4	No. SGP-E 012	"PRESTAR SERVICIOS EDUCATIVOS EN COLEGIO 23 DE FEBRERO DE FUNDACIÓN."	02 DE SEPTIEMBRE DE 2002	30 DE NOVIEMBRE DE 2002	3 meses	\$477.750 \$1.403.250
5	No. 1678 DE 1º DE AGOSTO DE 2003	"PRESTAR SERVICIOS EDUCATIVOS EN EL IED 23 DE FEBRERO DE FUNDACIÓN." (celebrado con el Dpto. del Magdalena)	01 DE AGOSTO DE 2003	30 NOVIEMBRE DE 2003	4 meses	\$467.750 \$1.871.000

Así las cosas, se concluye válidamente con fundamento en los documentos descritos que, existió una relación contractual entre el demandante y la entidad demandada, presumiéndose que, para el cumplimiento del objeto contratado, el señor William Lubo Ebrath debió prestar sus servicios **personalmente**, máxime al tratarse de labores de docencia que implican impartir las cátedras o clases de manera directa por parte del profesor a sus respectivos estudiantes.

Del mismo modo y, con fundamento en lo anterior, puede afirmarse entonces que el accionante percibió los honorarios establecidos en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos con el ente territorial accionado, esto es, Municipio de Fundación, puesto que, en cada uno de los contratos identificados anteriormente, se pactó el valor mensual, valor total y la forma de pago, lo cual acredita el elemento **remuneración**.

En cuanto a la **subordinación**, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa transcrita en el acápite correspondiente, es el elemento que reviste mayor importancia, pues, precisamente su concurrencia o no, es la que permite establecer si en efecto, existió contrato de trabajo independientemente de la de la modalidad bajo la cual se haya contratado y, por tanto, permite revelar si dicha relación laboral fue disimulada por un contrato de prestación de servicios; o si por el contrario, entre las partes hubo una mera relación contractual que no da lugar al reconocimiento de los derechos pretendidos.

De suerte que, de acuerdo con la jurisprudencia a que se ha venido haciendo referencia, en el presente asunto el elemento subordinación se logra acreditar suficientemente con las pruebas documentales obrantes en el expediente, tales como, las órdenes de prestación de



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

servicios que evidencian la continuidad y la permanencia en el tiempo o habitualidad de la labor contratada al señor William Lubo Ebrath. En efecto, su labor la desempeñó durante aproximadamente dos (02) años continuos (todo 1999 y todo el 2000), con una interrupción de 1 año y medio aproximadamente y se generó una nueva relación laboral de septiembre de 2002 a noviembre de 2002.

En ese sentido, tal como lo ha precisado la jurisprudencia traída a colación, en la labor docente es evidente el elemento de subordinación, como quiera que su labor personal no es independiente, dado que no pueden ejercerla de manera libre y a su propio criterio, sino que la misma está sujeta al cumplimiento de los lineamientos y directrices del Ministerio de Educación Nacional, así como a las ordenes impartidas por el correspondiente ente territorial (sea del orden Dptal. O municipal) a través de sus secretarías de educación, teniendo que ajustarse al acatamiento de horarios, jornadas, pautas, normas, reglas, programas, entre otros.

Así mismo, dichos elementos probatorios documentales dan cuenta que la labor desempeñada por el demandante era la de docente, es decir, que su actividad no era transitoria u ocasional, sino que su labor era necesaria para el adecuado funcionamiento de los planteles educativos donde trabajó.

En este punto, fuerza citar lo considerado por el Consejo de Estado en sentencia de fecha 25 de agosto de 2016 antes mencionada, en lo referente a la subordinación en la labor docente contratada por prestación de servicios, indicó lo siguiente:

"(...) Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales" .. Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada⁵¹ de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación. Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios⁵², comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno⁵³, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, conaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio. A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado". (negritas y subrayado fuera del texto original).

Conforme la jurisprudencia transcrita, en el asunto sub examine queda suficientemente demostrado que el señor William Lubo Ebrath sí se encontraba bajo dependencia y



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

subordinación, no solo porque las pruebas aportadas acreditan la permanencia de la labor contratada, sino también por la naturaleza de las funciones que desempeñaba que, según el dicho, del Consejo de Estado en la jurisprudencia transcrita, llevan ínsitas la subordinación y la dependencia y son consustanciales al servicio de docencia prestado para la entidad accionada.

De suerte que, dado que en el caso concreto se desdibujaron los elementos propios del contrato de prestación de servicios, originándose una relación laboral caracterizada por su permanencia, labor personal, remuneración y subordinación, se procederá a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio PU N° 58-05 de 2005, expedido por el municipio de Fundación – Magdalena, por medio del cual se negó el reconocimiento de una relación laboral entre las partes, así como el pago de las prestaciones sociales, salarios y demás emolumentos solicitados por el demandante.

Empero, el hecho que se declare la existencia de una relación laboral y que como consecuencia de ello y a título de indemnización, se ordene el reconocimiento y pago de ciertos derechos laborales, no significa *per se* que se le otorgue la calidad de empleado público al accionante, pues, no se dan los presupuestos para ello (que el cargo esté contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, se efectúe nombramiento y posesión en el cargo, etc.), tal como lo establece el artículo 122 de la Constitución Política.

2.5.2.- En cuanto a la prescripción en materia de contrato realidad

En la sentencia SUJ- 025-CE-S2-2021 del H. Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021:

"233. De acuerdo con el anterior cuadro sumario, y siguiendo el criterio acogido en esta sentencia respecto del plazo de la ruptura del vínculo contractual, se concluye que la demandante prestó sus servicios profesionales a la Personería de Medellín en una única y continuada relación laboral, que dio inicio el 29 de enero de 2005 y finalizó el 30 de diciembre de 2011, pues no se vio interrumpida en ningún momento, ya que los interregnos entre cada contrato no fueron superiores a 30 días hábiles, que es el término unificado por esta Sección para la configuración de la solución de continuidad. Por lo tanto, ante la existencia de una única relación laboral entre la demandante y la Personería de Medellín, corresponde realizar el cómputo del término prescriptivo a partir de «la terminación de su vínculo contractual», esto es, desde el día 30 de diciembre de 2011. De igual manera, se precisa que es esta última fecha la de terminación del vínculo, y no el 2 de enero de 2012, como señala la demandante, por cuanto es la única que acreditan los respectivos contratos de prestación de servicios y las actas de inicio y liquidación de estos, 4 sin que la Sala haya observado alguna otra prueba dentro del plenario, con entidad suficiente, que permita su modificación.

234. A este respecto, comoquiera que el día 7 de noviembre de 2012, 5 la señora Gloria Luz Manco Quiroz presentó la primera reclamación de reconocimiento y pago de sus acreencias laborales ante la entidad, su solicitud se encontraba dentro del término legalmente establecido para ello, y, por lo tanto, no hay lugar a declarar la prescripción sobre ningún periodo contractual, pues, se itera, solo existió una única vinculación laboral sin solución de continuidad".



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

Con relación a este tópico, en la sentencia CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia con relación a la prescripción de los derechos laborales reclamados y sobre el particular, fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

- i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*
- ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*
- iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*
- iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA). (...)*
- 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 (...)).*

De suerte que, en aplicación de la jurisprudencia transcrita y, atendiendo a que conforme con las pruebas recaudadas se estableció que el señor, William Lubo Ebrath suscribió con el municipio de Fundación 4 contratos de prestación de servicios y un 5º contrato con el Dpto. del Magdalena, quien no fue demandado en este trámite, tampoco se solicitó su vinculación para integrar el contradictorio, lo cierto es que, respecto de este último contrato no se efectuará análisis alguno pues no es pertinente el mismo. Hecha tal precisión, se tiene que el demandante estuvo laborando desde mayo de 1999 a noviembre de 2000 luego hubo una interrupción de la continuidad siendo vinculado nuevamente de septiembre a noviembre de 2002.

En cuanto a ello, debe hacerse un estudio detallado de los tiempos para determinar si existe continuidad y si opera o no la prescripción.

Así pues, se tiene que respecto al tiempo laborado desde marzo de 1999 a noviembre de 2000, a juicio de este despacho existe continuidad por ese término (2 años), es decir que no hay interrupción, ello pese a que los contratos fueron culminados de noviembre 1999 a marzo de 2000, empero, ello obedece a que la labor docente se encuentra supeditada al calendario escolar, de modo que, al existir vacaciones a final de año y reanudarse las clases durante los dos o tres primeros meses de cada año, así como vacaciones a mitad de año, pues se hace evidente que en dichos lapsos no se laboraba, lo cual no indica que por ello hubiese una interrupción del contrato, por el contrario, existió continuidad en los mismos, tal como lo muestran las pruebas en el expediente, en donde, justo en las fechas después de vacaciones



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

se reanudaba por decirlo así el contrato, motivo por el cual, aunque en principio la regla de unificación jurisprudencial señala que después de 30 días (1 mes) sin contrato se entiende interrumpido el mismo, lo cierto es que la misma jurisprudencia expresa que tal término no es camisa de fuerza y puede el juez en su sano criterio, de acuerdo al análisis del caso concreto, considerar si existió o no solución de continuidad, por ende, para el despacho hubo continuidad en los contratos desde marzo de 1999 a noviembre de 2000.

Ahora bien, no ocurre lo mismo con el contrato del año 2002, pues en ese sentido, si es evidente que operó la solución de continuidad entre el 2000 a agosto de 2002 al pasar casi dos años sin contratar, lo cual no obedece a temas de vacaciones escolares, es decir que hubo dos relaciones laborales, una de marzo de 1999 a noviembre de 2000 y otra de septiembre de 2002 a noviembre de 2002.

Por otra parte, en lo tocante a la prescripción, encuentra el despacho que la misma operó respecto de una de las dos contrataciones, esto es, la iniciada en 1999 y finalizada en 2000, por cuando contaba con 3 años para efectuar la reclamación de sus derechos laborales y ello se efectuó solo hasta el 09 de diciembre de 2005, o sea fuera del tiempo antes indicado, motivo por el cual se declarará la prescripción correspondiente al asunto antes mencionado, aclarándose que no habrá fenómeno prescriptivo sobre los aportes a pensión, tal como lo ha indicado la jurisprudencia de unificación mencionada en esta providencia.

No obstante, no acontece lo mismo respecto de la segunda contratación, la cual inició y finalizó en 2002, por lo que tenía 3 años, esto es, hasta 2005 para realizar su solicitud en lo tocante a sus derechos laborales, lo cual en efecto hizo a través de la petición radicada el 09 de diciembre de 2005 por la cual el accionante presentó su requerimiento para el reconocimiento de un contrato laboral y el pago de prestaciones sociales, de lo que se infiere que presentó la reclamación dentro del término establecido para tal efecto y, en consecuencia, no hay lugar a declarar la prescripción en cuanto a este aspecto.

2.5.3.- En cuanto a la indemnización derivada de la existencia de la relación laboral

De acuerdo con lo considerado hasta este punto y, atendiendo a que la consecuencia de revelar la existencia de una relación laboral entre el señor William Lubo Ebrath y la entidad territorial demandada -Mpio. de Fundación-, es la de efectuar el reconocimiento de la indemnización, corresponde decidir acerca de la indemnización que debe ser reconocida al accionante que en este caso equivale a las prestaciones que percibían los empleados de dicha entidad, para el año 2002 (lapso que no se encuentra prescrito).

Ahora bien, como se indicó anteriormente, el reconocimiento de la relación laboral no implica conferir la condición o el status de empleado público y, es por esta razón que, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha dispuesto que en estos casos el restablecimiento del derecho se ordena a título de indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir y a las cuales tenía derecho el empleado.

En consecuencia, el restablecimiento del derecho no podrá consistir en el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, lo que se ordena a título de indemnización del daño es el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

Sobre el particular, la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia de 18 de septiembre de 2014, señaló cuáles eran las prestaciones sociales que debían reconocerse en estos casos, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

[...]

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. [...]»^[13] (Negritas del texto original).

Más adelante, en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, se consideró lo siguiente:

«[...] la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le corresponda como empleador [...] la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad que



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumba como trabajadora».

De la revisión jurisprudencial realizada, se puede concluir que, con el propósito de efectuar el reconocimiento de los aportes a salud y pensión en el asunto de la referencia, la entidad demandada, deberá tener en cuenta el ingreso base de cotización (con fundamento en los honorarios pactados), durante todo el tiempo laborado, esto es, el periodo durante el cual se desarrollaron los contratos de prestación de servicios (el del año 2002, pues el del 1999 a 2000 se encuentra prescrito como se estudió previamente), y verificar mes a mes los aportes efectuados por el trabajador, para así cotizar al respectivo fondo de pensiones lo que le compete como empleador (en cuanto a la pensión si será de los aportes de todo el término de 1999 a 2000 y del 2002, pues en tema pensional no aplica la prescripción, como ya se analizó).

Igualmente, se concluye que el accionante deberá acreditar el pago de dichos aportes a salud y pensión por el tiempo de 2002 y solamente de pensión por el lapso de 1999 a 2000 durante el tiempo de la vinculación y, si no los realizó o existe alguna diferencia respecto de los mismos, deberá pagar o completar el porcentaje que le correspondía pagar.

Así las cosas, con fundamento en lo considerado hasta este punto y, en aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado que se ha citado, en el sub lite se ordenará a título de indemnización el pago de los siguientes conceptos:

- El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los docentes de escalafón grado 1 por el tiempo de duración del contrato de prestación de servicios que celebró el accionante con la demandada de septiembre de 2002 a noviembre de 2002, tomando como base de liquidación el valor pactado por concepto de honorarios en el respectivo contrato SPG-E 012.
- El valor en el porcentaje que por ley debió cancelar la entidad demandada como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social por el tiempo de duración del contrato de prestación de servicios SPG-E 012, tomando como base de liquidación el valor pactado como honorarios en el citado contrato.
- En relación con los aportes a pensión se ordenará a la accionada cotizar en el respectivo fondo de pensiones el porcentaje que le correspondía como empleador, para la fecha en que fueron suscritos todos los contratos de prestación de servicios, esto es, entre marzo de 1999 a noviembre de 2000 y de septiembre de 2002 a noviembre de 2002.

2.5.4.- Indexación

Las sumas debidas serán indexadas de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena, es decir, R, se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada por la administración, por concepto de diferencias entre las mesadas pensionales recibidas y las que se debían pagar al demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al Consumidor certificado por el DANE,



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el Índice inicial, vigente a la fecha de la causación de la prestación.

2.5.5.- Conclusión.

En el presente caso, emerge con claridad que entre el señor WILLIAM LUBO EBRATH y EL MUNICIPIO DE FUNDACIÓN, existió una verdadera relación laboral, toda vez que, se encuentran demostrados los tres elementos constitutivos de dicha relación, por lo que, se desvirtuó la presunción de legalidad que reviste al acto administrativo demandado. En ese orden, es procedente la anulación del mismo y, en consecuencia, acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, para lo cual se adoptó el criterio establecido por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida sobre este tema en particular.

2.6.- Condena en Costas

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. se procede a decidir sobre la condena en costas, absteniéndose de efectuarla, por cuanto, no se observa que éstas se hayan causado.

En mérito de las razones expuestas, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. Declárese configurada la existencia de dos relaciones laborales independientes, entre el Municipio de Fundación y el señor William Lubo Ebrath, las cuales tuvieron vigencia en los siguientes periodos: la primera desde el 16 de mayo de 1999 al 15 de noviembre de 2000 y la segunda desde el 02 de septiembre de 2002 al 30 de noviembre de 2002.
2. Declárese la nulidad parcial del Oficio PU No. 58-05 de 2005, por medio del cual, se negó la existencia de una relación laboral con el señor William Lubo Ebrath y, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales reclamadas por el citado señor.
3. Declárese prescritas las prestaciones causadas durante la primera relación laboral, esto es, la generada por los contratos No. SE 089-A, No. S.E. 066 y No. SE 066-A comprendida entre el 16 de mayo de 1999 al 15 de noviembre de 2000, de conformidad con las razones expuestas previamente.
4. A título de restablecimiento del derecho condénese al Municipio de Fundación a que:
 - 4.1. Reconozca y pague al señor William Lubo Ebrath las prestaciones sociales que se derivaron de la segunda relación laboral, es decir, la del contrato No. SGP-E 012 comprendida entre septiembre de 2002 a noviembre de 2002, tomando como base de liquidación el valor pactado por concepto de honorarios en el respectivo contrato SPG-E 012.
 - 4.2. Efectué los aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social en el valor o porcentaje que por ley debió cancelar la entidad demandada como empleador, por el tiempo de duración del contrato de prestación de servicios SPG-E 012, esto es,



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA

de 02 de septiembre al 30 de noviembre de 2002, tomando como base de liquidación el valor pactado como honorarios en el citado contrato.

- 4.3.** Efectúe las cotizaciones en el respectivo fondo de pensiones en el porcentaje que le correspondía como empleador, para la fecha en que fueron suscritos todos los contratos de prestación de servicios, esto es, las dos relaciones laborales surgidas, es decir entre el 1º de marzo de 1999 a 15 de noviembre de 2000 y del 02 septiembre de 2002 al 30 noviembre de 2002.
- 4.4.** Las sumas reconocidas, deberán ser indexadas de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Para lo anterior, el accionante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social durante el tiempo en que duró la vinculación, y en el evento de que no las hubiere hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le corresponda como empleado.

- 5. Negar** las demás pretensiones de la demanda.
- 6.** Sin condena en costas a la parte demandada.
- 7.** Una vez ejecutoriada la presente decisión, archívese el expediente, previas las anotaciones pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA DEL PILAR HERRERA BARROS
Juez