



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, seis (06) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 157593333002-2016-00178-00
Demandante: Mercedes Iveth Barrera
Demandado: Municipio de Sogamoso

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ proferir sentencia en primera instancia para decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora MERCEDES IVETH BARRERA por intermedio de apoderado, solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20161600294081 expedido el 14 de junio de 2016 por el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Sogamoso negó el reconocimiento de una relación laboral desde el 10 de febrero de 2008 y hasta el 30 de diciembre de 2015 al igual que el pago de las prestaciones sociales.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la entidad demandada cancelarle, de manera indexada, los salarios, prestaciones sociales, seguridad social, primas legales y extralegales a los que tiene derecho como funcionaria pública de hecho, condición que además solicita su reconocimiento.

Pretende, además, se condene al municipio de Sogamoso el pago de indemnización por no pago de prestaciones, sanción moratoria por impago de cesantías, indemnización por despido e intereses de mora; igualmente, solicita el reintegro de lo descontado por retención en la fuente y de las sumas que debió asumir por concepto de pólizas de seguros para cumplimiento de los contratos de prestación de servicios suscritos con el municipio.

Finalmente, solicita se condene a la demandada a pagarle una indemnización por perjuicios morales equivalente a 150 SMMLV.

Que la demandada cumpla la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184, 192 y siguientes del CPACA, y sea condenada en costas y agencias en derecho (fls. 2-6).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (fls.7-12) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

La demandante señora Mercedes Iveth Barrera ingresó a laborar al Municipio de Sogamoso el día 10 de febrero de 2008, aduciendo que el inicio fue por acuerdo verbal y desde el 3 mes de marzo de 2008 suscribió contratos de prestación de servicios con el Municipio de Sogamoso hasta el 15 de diciembre de 2015, fecha en que se señala, fue terminada unilateralmente la relación laboral.

El objeto de tales contratos es *prestar servicios de apoyo a la gestión para atender actividades administrativas* en la Institución Educativa la Independencia y en virtud del mismo, atender a estudiantes, docentes, padres de familia, ingresar datos al SIMAT, recuperaciones, matriculas, admisiones entre otras.

Aduce que durante el tiempo que prestó sus servicios no devengó salario, ni la entidad demandada realizó cotizaciones al sistema general de seguridad social en salud y pensiones.

Resalta que en todo momento se le exigió el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, bajo órdenes impartidas principalmente por el señor Rector de la I. E. agrega que cumplió un horario de trabajo de 6:45 a.m. a 1:45 p.m. y de 2:30 p.m. a 6:00 p.m., incluso en los periodos en que no existió contrato vigente, continuó prestando sus servicios de manera permanente.

Indica que la demandante presentó reclamación administrativa el día 14 de Marzo de 2016 ante el Municipio de Sogamoso en la que solicita el reconocimiento de la relación laboral y pago de prestaciones sociales causadas durante el periodo que estuvo vinculada, la cual fue resuelta de manera negativa mediante comunicación de 14 de Junio de 2016 Radicado No. 20161600294081, suscrita por el Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, que corresponde al acto enjuiciado.

Sostiene que producto de la terminación unilateral del vínculo laboral por parte del municipio, ha venido sufriendo desasosiego, tristeza y depresión continua.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violaron las siguientes disposiciones (*fls. 14-16*)

De orden constitucional: Constitución Política Arts. 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 53, 122, 123, 125, 150, 189 y 209.

De orden Legal: Arts. 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990; Art. 1° de la Ley 992 de 2005; Decreto 451 de 1984, Decreto 404 de 2006; Art. 14 del Dec. 600 de 2007; Arts. 14, 53 y s.s. del Dec. 1374 de 2010; Arts. 5 y 6 del Dec. 1978 de 1989; Art. 11 del Dec. 0853 de 2012; Art. 11 Dec. 627 de 2007; Dec. 667 de 2008; Dec. 732 de 2009; Dec. 1397 de 2010; Dec. 1048 de 2011; Dec. 840 de 2012; Ley 100 de 1993; Art. 2° de la Ley 244 de 1995, Arts. 235, 249 a 253 del Código Sustantivo del Trabajo; Arts. 40, 46 y 61 del Dec. 2400 de 1968; Dec. 2127 de 1945 y Dec. 3118 de 1968.

Advierte en su concepto de violación que existió falta de aplicación de la ley, aplicación indebida e interpretación errónea, por cuanto para la prestación del servicio debió mediar un acto de vinculación y no sendos contratos de prestación de servicios con los cuales se hizo manifiesta la intención de la administración de desconocer las prestaciones sociales a las que tiene derecho.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **municipio de Sogamoso** contestó la demanda (fl.92-106) por intermedio de apoderado judicial oponiéndose a las pretensiones tanto declarativas como de condena formuladas por la demandante, aduciendo que el acto administrativo demandado se expidió conforme al ordenamiento jurídico, pues a través del mismo se negó el reconocimiento prestacional solicitado por la demandante en virtud de que no existió una relación laboral sino una relación contractual conforme al artículo 32 de la ley 80 de 1993, relación en la que, como todo contrato estatal, estuvo sujeta a una supervisión o interventoría con el fin de constatar el cumplimiento del contrato, e igualmente contó con la respectiva liquidación a través de acta.

Indicó que en virtud de los contratos suscritos entre la entidad y la demandante esta última tenía unas obligaciones a fin de cumplir el objeto contractual sin que como tal realizara labores o funciones, que el pago que recibió con ocasión de los mismos nunca constituyó erogación salarial y si la misma cumplió un horario ello fue por causa propia más no por subordinación.

Propuso como excepciones las de:

- *“Ausencia de derecho por restablecer”* porque el acto administrativo se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, y en cuanto la ley no prevé el reconocimiento de salarios ni prestaciones sociales para los eventos de prestación de servicios mediante ordenes de prestación de servicios y en cuanto en el presente caso no se encuentran acreditados los elementos de una relación laboral.
- *“Inexistencia de los derechos pretendidos”* bajo el argumento de que la relación que existió entre el demandante y la administración fue meramente contractual, no medio el elemento subordinación y en todo caso el *“control y certificación”* a que refieren los mismos contratos, corresponden al deber de la entidad de constatar la verificación de estos. Señala, adicionalmente, que existió espacios temporales no laborados, por lo que puede hablarse de solución de continuidad y la *“Excepción genérica”*

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda inicialmente radicada ante el Tribunal Administrativo de Boyacá (fl.49) fue remitida por competencia funcional a los Juzgados Administrativos de ésta Jurisdicción (fl.51-54) correspondió por reparto a éste Despacho Judicial (fl.56), una vez se verificó el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 162 del CPACA, se admitió la demanda por auto de 27 de febrero de 2017 (fl.85-86).

Vencido el término de traslado de las excepciones (fl.122) por auto del 31 de julio de 2017 (fl.124) se fijó fecha para audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el 20 de septiembre de 2017 (fl.127-129), diligencia dentro de la cual se agotaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA y se fijó el día 08 de noviembre de 2017 para la audiencia de pruebas.

El día y hora fijados en la audiencia de pruebas se recibieron los testimonios decretados a solicitud de la parte demandante, se prescindió de la prueba documental toda vez que su recaudo no fue posible - decisión sobre la cual se concedió recurso de apelación en el efecto devolutivo- se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordena correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que si lo considera pertinente rindiera concepto (fl.139-141).

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la **entidad demandada**, presenta alegaciones finales (fl.144-151) concretadas en recalcar la legalidad del acto administrativo demandado.

Sostiene que con las pruebas practicadas en el proceso, se desacreditaron los hechos de la demanda, siendo así que de los testimonios rendidos en el proceso se tiene que: la demandante cumplió un contrato de apoyo a la gestión en la parte administrativa en la Institución Educativa en el sector rural; esta debía rendir un informe contractual a quien ejercía la supervisión del contrato de acuerdo a las obligaciones ejecutadas y certificadas por el rector de la I.E.; que la demandante no recibía órdenes y éstas nunca le fueron dadas; precisa que no existió contrato verbal, ya que nunca se contrató de esta manera, sino mediante contrato de prestación de servicios.

Argumenta que la demandante no logró demostrar lo siguiente: las funciones encomendadas, por el contrario existió fue un objeto contractual “prestar los servicios de apoyo a la gestión para atender actividades administrativas en la Institución Educativa la Independencia”; la prórroga continua de contratos, existió lapsos de tiempo entre uno y otro contrato, dos o cuatro meses, sin que existiera contratación; no probó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido.

Cita las sentencias del Consejo de Estado relacionadas con el deber de la parte actora de demostrar los elementos configurativos de la relación laboral. En el mismo sentido citó sentencias del Tribunal Administrativo del Cauca y del Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Popayán y la sentencia C-154 de la Corte Constitucional en la cual se diferencia el contrato de trabajo y el de prestación de servicios y los elementos constitutivos del primero, por lo cual solicita fallar desfavorablemente las súplicas de la demanda.

La **parte demandante** expuso sus alegatos finales (fl.152 a 158) en el que luego de elevar reparo frente al decreto y práctica de pruebas efectuado en el proceso, refirió a los testimonios practicados en el proceso indicando que de estos se establece que la demandante laboró como Secretaria en la Institución Educativa la Independencia y debió atender la plataforma de matrículas SIMAT, resalta que conforme al testimonio de la señora Nancy Nayibe Álvarez la demandante trabajaba en jornada única solo en las mañanas y en ocasiones desarrollaba la jornada en las instalaciones de la Secretaría de Educación, resalta que conforme a lo manifestado, el rector de la institución era quien verificaba el cumplimiento de las obligaciones del contrato, sostiene que el apoderado de la entidad, ratificó que la demandante prestó sus servicios de manera verbal, siendo así que la declarante señaló que si hubo continuidad en la prestación del servicio, sin la existencia de contrato ello, sino a cuenta y riesgo del contratista.

En relación con el interrogatorio de parte destaca que de manera contundente la demandante manifiesta que como Secretaria de la I.E. la Independencia, desde el año 2008 que empezó el SIMAT, debió ingresar la información correspondiente a cada uno de los estudiantes y mantener permanentemente actualizada la información de estos, se trata de un programa continuo de información y que obedece a unos ciclos destinados al Sistema General de Participaciones para establecer las necesidades educativas de la población escolar como pruebas SABER, transporte escolar, familias en acción, estratificación económica y demás, que adicionalmente tenía la información del rector, de 290 estudiantes y 16 docentes, actividad sometida a auditoría por el Ministerio de Educación y sobre la cual existió subordinación frente al Rector de la I. E.

Resalta que adicional a los servicios como Secretaria, la accionante desarrolló labores de biblioteca consistentes en préstamo de libros, televisor, prestar el aula, entregar libros a los estudiantes en todas las jornadas, atender a padres de familia, notas de calificación de estudiantes, actuar como veedora del restaurante escolar.

Cita el Art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo para indicar que conforme a lo dispuesto en el mismo toda relación se presume regida por un contrato de trabajo, regla que otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor un vínculo laboral, en contraste, al empleador le corresponde desvirtuar el hecho presumido a fin de acreditar que el servicio se prestó de manera autónoma e independiente, situación que en el presente caso no se verificó por el municipio de Sogamoso.

Arguye que de acuerdo al material probatorio se tiene que la demandante prestó sus servicios de manera personal (*intuitu personae*), de forma permanente desde el año 2008 hasta el 2015 en la Institución Educativa la Independencia, sin contar con la independencia y autonomía propia de la orden de prestación de servicios, pues siempre estuvo subordinada en cuanto a cumplir el horario habitual para los funcionarios de las instituciones educativas, de igual forma no le fue brindado un cronograma de actividades como a todo contratista, aspecto probado con el testimonio de la señora Nancy Álvarez y el interrogatorio practicado a la demandante, de la misma manera el municipio le brindó a esta un espacio habitual y los elementos para desarrollar sus labores.

Concluye que el municipio de Sogamoso no desvirtúa la existencia de un contrato de trabajo, esto es, que el servicio se dio con total independencia y autonomía.

El **Agente del Ministerio Público** no rindió concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si entre la demandante y el municipio de Sogamoso, se configuró un vínculo laboral que desnaturalizó los contratos de prestación de servicios suscritos por ambas partes, para así establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, prestaciones y demás emolumentos reclamados, el tiempo en que prestó sus servicios.

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado el Despacho considera necesario realizar un análisis frente al: i). principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el contrato realidad; ii) las formas de vinculación con el Estado, la jurisprudencia sobre el funcionario de hecho como forma anormal de vinculación a la de la administración pública.

9. PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO REALIDAD

El artículo 53 de la Constitución Política establece el *principio de primacía de la realidad sobre las formas* como garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. En ese sentido, la Corte Constitucional² ha precisado que se puede hablar de la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica, de este modo nacen derechos y obligaciones entre las partes, que se ubican en el ámbito de la regulación laboral.

² Corte Constitucional, Sentencia T-287 del 14 de abril de 2011, MP.Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado³ ha sido constante en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así mismo, el Alto Tribunal señaló⁴ que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena vigencia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

La Alta Corporación ha decantado que constituye requisito indispensable para acreditar la existencia de una relación laboral, que el interesado pruebe en forma incontrovertible la *subordinación y dependencia*, y que de hecho 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 la aludida subordinación no enmarque simplemente una relación de coordinación entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función a desempeñar.

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 sucinta y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación o dependencia respecto del empleador, que es el que fundamentalmente desentraña la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al estudio del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio.

Al respecto, el H. Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de segunda instancia de fecha 26 de octubre de 2017⁵, señaló:

Cuando se discute una relación laboral en virtud de un contrato de prestación de servicios de carácter estatal, la ventaja probatoria que subyace a la presunción, la estableció el legislador a favor del contratante, y no como ocurre en el Código Sustantivo del Trabajo en el que quien presta un servicio personal no está obligado a probar que lo hizo bajo la continuada subordinación o dependencia.

*Además de lo expuesto, el artículo 88 del CPACA también consagró la **presunción de legalidad de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de la relación laboral, de manera que a quien demanda, le corresponde probar sus elementos.** (Negrita fuera de texto)*

³ Consejo de Estado, Sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación No. 81001-23-33-000-2013-00034-01(1586-14), CP. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, MP. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Expediente 15239 3333 752 2015 00258 01

No sobra precisar que además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante 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. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

*"Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público."*⁶

Previamente, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-555 de 06 de diciembre de 1994⁷ refirió a la imposibilidad de equiparar contrato realidad con una relación laboral legal y reglamentaria, señalando:

*"La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional. Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, **el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión**, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal. El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo. **Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público**". (Negrita del Despacho)*

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, con ponencia del Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, manifestó:

"6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, CP Nicolás Pájaro Peñaranda

⁷ Corte Constitucional, MP Eduardo Cifuentes Muñoz

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores "relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales."

10. FORMAS DE VINCULACIÓN CON EL ESTADO, LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL FUNCIONARIO DE HECHO COMO FORMA ANORMAL DE VINCULACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

De acuerdo con el Artículo 125 constitucional, se prevén tres formas de vinculación con el Estado, a saber: a) Por medio de una relación legal y reglamentaria, propia de los empleados públicos b) Mediante una relación contractual laboral, en la cual están los trabajadores oficiales y c) A través de una relación contractual de carácter estatal, configurada por los contratos de prestación de servicios

Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son en principio, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (artículo 122 de la C.P.).

No obstante lo anterior, la jurisprudencia administrativa ha establecido que puede existir una relación laboral con el Estado de carácter excepcional y anormal que se ha denominado "funcionario de hecho", que se define como una forma de vinculación a través de la cual una persona ocupa un cargo de la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, pero su investidura es irregular.

Sobre el particular, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia de junio 9 de 2011⁸, señaló:

⁸ Consejo de Estado, CP. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08).

“En consecuencia los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son, que exista de jure el cargo, que la función ejercida irregularmente, se haga en la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

(...)

*En conclusión, **para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales** y la función sea ejercidas irregularmente, pero, también puede darse cuando en empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente.” (Negrita fuera de texto)*

En jurisprudencia reciente⁹ el alto máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo indica que para que se establezca la existencia de un funcionario de hecho, no solo se requiere que el cargo esté creado en la planta de personal de la entidad y legalmente previstas sus funciones en el reglamento de ella, sino que también exige que cuando una persona ejerce funciones públicas, con anuencia de las autoridades encargadas de controlar, permitir o impedir este tipo de situación, ello en aras de garantizar los derechos laborales de quienes se encuentran en situaciones de esa naturaleza, haciendo prevalecer el principio de la realidad sobre las formas.

11.RECAUDO PROBATORIO

Establecidas las premisas legales y jurisprudenciales anteriores, propician el escenario adecuado para analizar el presente caso conforme a la siguiente:

Evidencia documental:

I). El día 14 de marzo de 2016 mediante Radicado No. 20161600030802 la demandante señora Mercedes Iveth Barrera elevó reclamación administrativa ante el municipio de Sogamoso con el objeto de obtener el reconocimiento de una relación laboral y consecuentemente el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social a las que tiene derecho un auxiliar en servicios administrativos de la Secretaría de Educación, e igualmente se le cancele la indemnización por no pago de cesantías así como el pago se sanción moratorio por no pago de salarios (fl.82-83) por Oficio No. 20161600294081 del 14 de junio de 2016 el municipio de Sogamoso dio respuesta negativa a dicha petición, señalando que la relación existente fue de carácter contractual regulada por la Ley 80 de 1993 , Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015 y que igualmente, no existió continuidad en la prestación del servicio (fl.19-20).

II). Está documentada la vinculación de la demandante con el municipio de Sogamoso durante el periodo comprendido entre años 2008 a 2015, a través de 16 contratos de prestación de servicios profesionales, como dan cuenta la copia de los mismos, anexo a las actas de inicio y liquidación, los cuales fueron allegados con la contestación de la demanda y que corresponden al anexo 1 (fls. 08-12, 17, 19, 28-32, 38, 39, 50-53, 59, 62, 74, 75, 80, 81, 88-90, 93, 94-95, 105-107, 110, 111-112, 120-121, 126, 130-132, 139-142, 145, 146-147, 154-156, 159, 160-161, 169-170, 175, 176-178, 187-188, 192-194, 208-210, 214, 215-217, 231-233, 237, 238-239, 252-254, 257, 258-259, 274-276, 280, 281-282, 306, 310, 338, 359-360), así como la constancia suscrita por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del municipio(fl.362-364 del anexo)

⁹ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de 27 enero de 2016, Exp. 1605001233100020110129701 (22722015), CP. William Hernández Gómez.

Se precisan servicios discontinuos o interrumpidos conforme se relaciona en la siguiente tabla:

TABLA 1

| No. CONTRATO | FECHA DE INICIO | FECHA DE FINALIZACIÓN | OBJETO |
|-------------------------------------|-----------------|-----------------------|--|
| 2008112 de 22 de febrero de 2008 | 03/03/2008 | 29/12/2008 | Prestar los servicios de apoyo a la gestión para atender actividades administrativas en la Institución Educativa la Independencia |
| Interrupción: ... | | | |
| 2009104 de 02 de febrero de 2009 | 16/02/2009 | 30/06/2009 | Prestar los servicios de apoyo a la gestión para atender actividades administrativas en la Institución Educativa la Independencia |
| Interrupción: 32 días ¹⁰ | | | |
| 2009576 de 27 de julio de 2009 | 29/07/2009 | 08/12/2009 | Prestar el servicio de apoyo a la gestión para atender actividades administrativas en la Institución Educativa la Independencia |
| Interrupción: 19 días | | | |
| 2010085 de 28 de enero de 2010 | 01/02/2010 | 30/06/2010 | Prestar los servicios técnicos de apoyo a la gestión, para atender actividades administrativas en la Institución Educativa la Independencia |
| Interrupción: 35 días | | | |
| 2010466 de 17 agosto de 2010 | 25/08/2010 | 24/12/2010 | Prestar los servicios de apoyo a la gestión, con el fin de atender actividades administrativas del nivel asistencial en la Institución Educativa la Independencia sede central del municipio de Sogamoso |
| Interrupción: 36 días | | | |
| 2011234 de 25 de febrero de 2011 | 08/03/2011 | 23/06/2011 | Prestar los servicios asistenciales y de apoyo a la gestión, para atender actividades administrativas del nivel asistencial en la Institución Educativa la Independencia sede central del municipio de Sogamoso |
| Interrupción: 50 días | | | |
| 2011512 de 24 de junio de 2011 | 01/08/2011 | 30/11/2011 | Prestar los servicios asistenciales y de apoyo a la gestión, para atender actividades administrativas del nivel asistencial de las Instituciones Educativas Oficiales del municipio de Sogamoso |
| Interrupción: 23 días | | | |
| 2012093 de 20 de febrero de 2012 | 22/02/2012 | 21/04/2012 | Prestar los servicios asistenciales y de apoyo a la gestión, con el fin de atender actividades en las instalaciones de las diferentes Instituciones Educativas Oficiales del municipio de Sogamoso asignadas por la Secretaría de Educación y Cultura |
| Interrupción: 57 días | | | |
| 2012380 de 01 de junio de 2012 | 01/06/2012 | 14/12/2012 | Prestar los servicios asistenciales y de apoyo a la gestión, con el fin de atender actividades en las instalaciones de las diferentes Instituciones Educativas Oficiales del municipio de Sogamoso asignadas por la Secretaría de Educación y Cultura |
| Interrupción: 27 días | | | |
| 2013121 de 13 de febrero de 2013 | 15/02/2013 | 14/07/2013 | Prestar los servicios asistenciales y de apoyo a la gestión, con el fin de atender actividades en las instalaciones de las diferentes Instituciones Educativas Oficiales del municipio de Sogamoso, asignadas por la Secretaría de Educación y Cultura |
| Interrupción: 41 días | | | |

¹⁰ Valga precisar que el tiempo contabilizado en la tabla como días de interrupción, se cuenta en días hábiles desde el día siguiente de la fecha de finalización del contrato anterior, hasta el día anterior hábil a la fecha de iniciación del siguiente contrato y no desde la fecha de suscripción del contrato, caso en el cual para que no se configure solución de continuidad en la prestación del servicio, no habrá de transcurrir más (15) de quince días hábiles como señala el Art. 10 del Decreto Ley 1045 de 1978.

| | | | |
|--|------------|------------|--|
| 2013431 de 15 de agosto de 2013 | 15/08/2013 | 14/12/2013 | Prestar los servicios asistenciales y de apoyo a la gestión, con el fin de atender actividades en las instalaciones de las diferentes Instituciones Educativas Oficiales del municipio de Sogamoso, asignadas por la Secretaría de Educación y Cultura |
| Interrupción: 22 días | | | |
| 2014130 de 20 de enero de 2014 | 24/01/2014 | 23/06/2014 | Prestar los servicios asistenciales y de apoyo a la gestión, con el fin de atender actividades en las instalaciones de las diferentes Instituciones Educativas Oficiales del municipio de Sogamoso, asignadas por la Secretaría de Educación y Cultura |
| Interrupción: 26 días | | | |
| 2014478 de 24 de julio de 2014 | 01/08/2014 | 15/12/2014 | Prestar los servicios asistenciales y de apoyo a la gestión, con el fin de atender actividades en las instalaciones de las diferentes Instituciones Educativas Oficiales del municipio de Sogamoso, asignadas por la Secretaría de Educación y Cultura |
| Interrupción: 27 días | | | |
| 2015030 de 19 de enero de 2015 | 27/01/2015 | 26/05/2015 | Prestar los servicios asistenciales de apoyo a la gestión con el fin de atender actividades en las instalaciones de las diferentes Instituciones Educativas Oficiales del municipio de Sogamoso, asignadas por la Secretaría de Educación y Cultura |
| Interrupción: 27 días | | | |
| 2015442 de 10 de junio de 2015 | 18/06/2015 | 17/07/2015 | Prestar los servicios asistenciales de apoyo a la gestión con el fin de atender actividades en las instalaciones de las diferentes Instituciones Educativas Oficiales del municipio de Sogamoso, asignadas por la Secretaría de Educación y Cultura |
| Interrupción: 14 días | | | |
| 2015749 de 03 de agosto de 2015, adición y prórroga No. 1 de 27 de octubre de 2015 | 11/08/2015 | 15/12/2015 | Prestar los servicios asistenciales de apoyo a la gestión con el fin de atender actividades en las instalaciones de las diferentes Instituciones Educativas Oficiales del municipio de Sogamoso, asignadas por la Secretaría de Educación y Cultura |
| Interrupción: 14 días | | | |

Conforme al clausulado y contenido de los contratos antes relacionados, se colige que la demandante cumplió, entre otras, las siguientes obligaciones:

- Revisar correspondencia recibida y enviada, de acuerdo a las normas ICONTEC
- Colaborar en la organización y ejecución del proceso de matrículas, calificaciones, admisiones, recuperaciones, validaciones, igualmente, el ingreso de la información al SIMAT¹¹ (obligación que se mantuvo en todos los contratos)
- Apoyar en la elaboración del listado de alumnos solicitados por los Directivos Docentes y Docentes
- Organizar y mantener ordenado y actualizado la documentación de alumnos, docentes y administrativos
- Coordinar con rectoría en la elaboración de informes y estadísticas
- Atender el servicio de Biblioteca
- Encargarse de la preparación física del material bibliográfico para la realización de los procesos técnicos relacionados con la base de datos, como es el ingreso, la revisión y control de la información y preparación de material para préstamos (obligación que se mantuvo en todos los contratos)
- Suministrar el material bibliográfico y orientar a los usuarios sobre su utilización
- Procesamiento e impresión de boletines por periodos (obligación que se mantuvo en todos los contratos)
- Ingresar y tener actualizado el inventario de bienes muebles al servicio de la Institución Educativa.

¹¹ Obligación a desde el 2010, conforme a los contratos suscritos a partir de dicha anualidad.

III). Se encuentra documentada, igualmente, la contraprestación económica percibida por la demandante por la labor personal ejecutada en virtud de los referidos contratos, las propias minutas de estos dan cuenta del valor y la forma de pago, clausulado que indica que la remuneración que dependía de la apropiación presupuestal correspondiente (fls.08-12, 13, 28-32, 37, 50-53, 55, 74-75, 78, 88-90, 91, 105-107, 109, 120-121, 125, 139-142, 144, 154-156, 158, 169-170, 172, 187-188, 208-210, 213, 231-233, 236, 252-254, 256, 274-276, 279, 306, 309, 338, 342).

Medios de prueba de fuente oral:

En audiencia de pruebas celebrada el 08 de noviembre de 2017 (fls. 139-141) se practicaron los testimonios de las señoras Nancy Nayibe Álvarez Morales y Liliana María Barrera Pérez, declarantes que manifestaron conocer a la señora Mercedes Iveth Barrera en razón a que ejercieron la supervisión de los contratos por ésta ejecutados a favor del municipio.

En ese orden, se resume la intervención de los testigos de la siguiente forma:

TABLA 2

| Testigo - NANCY NAYIBE ÁLVAREZ MORALES | |
|---|---|
| CRONÓMETRO | RESUMEN DE LA INTERVENCIÓN |
| 00:06:54 | Al realizar un relato sobre lo que le constara señaló que conoció a la demandante como contratista de la Administración prestando sus servicios de apoyo en el nivel administrativo con destino a las Instituciones Educativas Oficiales, permanentemente se hacían contratos pero por lapsos de tiempo |
| 00:07:50 | Indagada sobre las actividades realizadas por la contratista indicó que se trataba de apoyo a la parte administrativa en las instituciones educativas, como apoyo como Secretaria, colaboraba en biblioteca en la Institución Educativa la Independencia sede rural |
| 00:09:37 | Señaló tener conocimiento de los hechos por cuanto fue supervisora de los contratos ejecutados por la demandante |
| 00:09:48 | Preguntado si para el cumplimiento de los contratos la demandante estaba sujeta a órdenes o instrucciones, a lo cual señaló que en el contrato se estipula que existe una supervisión ejercida por un persona de planta verificándose si cumple con este, el que Supervisaba y verificaba directamente era el Rector de la Institución Educativa |
| 00:12:06 | Indagada si conocía cuantas horas eran empleado por la demandante para el cumplimiento del contrato, indicó no poder aclarar muy bien pero que en el sector rural por ser jornada única ellos trabajan solo en la mañana, por lo que podía hacerlo en la mañana o incluso en cualquier momento podía realizarlas, a veces las realizaba en la Secretaría de Educación |
| 00:13:56 | Preguntado si le consta si la administración municipal contrata de manera verbal, precisó que todo se basa en un contrato escrito entre la administración y el contratista y se empieza a ejercer supervisión una vez legalizado el contrato. |
| 00:14:50 | Frente a la forma del cumplimiento del contrato por parte de los contratistas, señaló que estos no están obligados a cumplir horario como los empleados de planta, que en el caso de la demandante por tratarse de un contrato en el sector rural esta podía cumplirlo en cualquier momento |
| 00:15:44 | Preguntado si sabe o le consta si la demandante recibía algún tipo de orden o subordinación, Señaló que el supervisor no podía estar de manera permanente sobre la labor del contratista, y que como tal en la institución educativa ejercía como coordinador el Rector, esta coordinación se basaba en velar por el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato, no se dan órdenes que no están estipuladas. |

| | |
|--|--|
| 00:17:06 | Indagada sobre la forma o los requisitos de tramitar el pago de los servicios ejecutados, señaló que el mismo se realizaba por mensualidades vencidas y requería la presentación de un informe de actividades por parte del contratista, una certificación de cumplimiento expedida por el Rector de la Institución, un informe contractual el cual se suscribía con el interventor más el pago de parafiscales, documentos que debían radicarse ante la Ofician Jurídica, el último pago se hacía con acta de liquidación suscrita por las partes |
| 00:19:14 | Frente a la afirmación de la demanda de la demandante en cuanto a que la demandante prestó sus servicios de manera verbal, la testigo precisó que no se contrata servicios de manera verbal, siempre se requería de un contrato de prestación de servicios escrito |
| 00:21:26 | Respecto a la posibilidad de terminar el contrato de manera unilateral, señaló que todo contrato se termina de manera bilateral mediante la firma de una acta de liquidación suscrita por ambas partes, el alcalde el contratista y el supervisor, nunca se termina un contrato de manera unilateral a no ser que el contratista se vaya, deje el contrato, que solo ocurrió en un evento |
| 00:22:23 (contrainterrogatorio) | Al solicitarse explicara la clase de servicios prestados por la demandante en la Institución la Independencia – área de biblioteca, señaló: <i>“cuando se maneja hay varias personas que se trabajaba como apoyo secretarial y apoyo de biblioteca que es atención, préstamo de libros, clasificación, levantamiento de inventario de acuerdo a las obligaciones estipuladas en el contrato”</i> |
| 00:23:06 | Respecto al horario en que se prestaba el servicio de biblioteca en la Institución Educativa la Independencia, indicó que dicha institución tiene un horario especial y en cuanto a los funcionarios administrativos o personas de apoyo estos tiene un horario flexible, llegan a las nueve, si es una persona de planta si es de 8:00 de la mañana a 01:00 de la tarde |
| 00:27:21 | Frente a la posibilidad de los contratistas de seguir laborando aun en los casos de no contar con contrato, indicó que los contratistas cumplían unas funciones y tenían un término de su contrato, luego los contratistas no podían seguir más de ese término |
| 00:29:20 | Precisó que el Rector de la Institución Educativa no desarrollaba funciones de supervisor, que daba una certificación de las obligaciones y el cumplimiento del contrato, certificación a la cual estaba supeditada el pago del contrato |
| Testigo.- LILIANA MARÍA BARRERA PÉREZ | |
| 00:34:13 | Ejerció supervisión por dos meses en el año 2012, fue designada como supervisora en razón a que ejercía como Auxiliar Administrativo Grado II |
| 00:35:46 | No recuerda las labores concretas pero indica que eran de apoyo en la parte Secretarial |
| 00:36:55 | Si la demandante recibía órdenes, indicó que las obligaciones estaban estipuladas en el contrato e indicó desconocer si el Rector (a) le impartió órdenes a la demandante |
| 00:37:53 | Preguntado si conoce o sabe si la administración contrata de manera verbal algún servicio o el tipo de servicios prestado por la demandante, indicó que todo es a través de contrato de prestación de servicios |
| 00:38:40 | Señaló no constarle si la demandante cumplía horario definido por la administración, ningún contratista cumple horario |

Igualmente, se practicó interrogatorio de parte a la demandante señora MERCEDES IVETH BARRERA, declaración de la cual se extrae lo siguiente:

TABLA 3

| CRONÓMETRO | RESUMEN DE LA INTEVENCIÓN |
|------------|--|
| 00:45:48 | Señaló haber sido vinculada a partir del 10 de febrero de 2008, inicialmente con un contrato de manera verbal, fue llamada ante la existencia de una plaza en la Institución Educativa la Independencia se comunicó con el Rector de dicha Institución quien le indicó el lugar donde debía prestar el servicio que esa misma fecha habló con la Secretaria de Educación de dicha época quien le manifestó cuales eran los documentos que debía reunir para suscribir contrato y desde el día 11 de febrero de |

| | |
|----------|--|
| | 2008 inició a prestar sus servicios en la Institución y posteriormente le hicieron el contrato por 10 meses y el acta de iniciación salió de 03 marzo, pero todo el tiempo laboró |
| 00:48:10 | Al ser indagada por la persona que dice la contrató de manera verbal y que tipo de sumas le fueron canceladas en virtud de dicho contrato. Contestó que fue vinculada de manera verbal por la Dra. Nohora Baracaldo – Secretaria de Educación de la época- porque en razón a llamada efectuada por ésta manifestándole la existencia de la vacante y habiendo expresado su aceptación en ese momento aceptó el cargo. Indica que la Dra. Nohora le dijo <i>“le estamos haciendo el contrato”</i> . No se pagó ninguna suma porque pagaban sobre el contrato escrito de la OPS, el tiempo de la OPS. <i>“para mi existía contrato porque yo cumplía un horario, cumplía unas ordenes, tenía que tener todos los procesos tiene una Secretaria en un colegio, tuve que hacerlos, incluso ese año en el 2008 inició el proceso del Sistema de Integración de Matriculas el SIMAT y estábamos porque antiguamente según los que estuvieron trabajando en los colegios oficiales se hacía todo el proceso en unas sabanas donde iba el dato de cada estudiante, en el 2008 el Ministerio de Educación impuso el SIMAT y con la Dra. Nohora y todas las Secretarias de los Colegios Oficiales de Sogamoso nos tocó meter esas sabanas con toda la información al sistema eso se hizo en la Secretaría de Educación”</i> |
| 00:51:36 | Frente al pago de los servicios que se señala en la demanda fueron prestados mediante contrato verbal, indicó <i>“Los contratos verbales nunca fueron pagos lo que fueron pagos fueron los contratos o OPS escritos”</i> |
| 00:52:15 | Frente a la terminación del contrato en el 2015, indagada si este fue terminado mediante de acta de liquidación de fecha 16 de diciembre de 2015 o si lo fue de forma unilateral, señaló: Siempre que se terminaba la OPS se firmaba el acta, <i>“en el 2015 ese día cuando se terminó el contrato se firmó el acta de terminación del contrato”</i> <i>“no porque era la fecha y se terminó ese día”</i> |
| 00:54:14 | Respecto al cumplimiento de horario indicó que: <i>“ si cumplía horario un profesor de la institución educativa yo le pagaba el transporte él me recogía a las 6:15 de la mañana, yo ingresaba faltado ¼ para las siete ... y salía con todo el personal... yo cumplía un horario de 6:45 A.M. a 1:45 P.M. y en horas de la tarde hacía todas las cosas que tocaba hacer en la Secretaría ...”</i> <i>“jamás incumplí el horario...se supone que en un colegio donde hay 290, 16 docentes y tantos padres de familia y unas obligaciones unas responsabilidades para todo tiene uno que acudir porque yo fui la bibliotecaria, la Secretaria, tenía que entregar los certificados la información a familias en acción, a la Secretaría de Salud”</i> |
| 00:55:25 | Frente a la entrega de informes y el proceso para ello indicó que sí entregaba informes mensuales que implicaba pagar la seguridad social, la certificación del Sr. Rector, hacer una factura de compraventa que le entregaba la Oficina Jurídica del municipio y unos informes que eran superfluos pues usted hacía más de lo que se escribía |
| 00:57:06 | Preguntado si las señoras Nancy Nayibe Álvarez Morales y Liliana María Barrera Pérez, quienes fungieron como supervisoras del contrato, en algún momento le impartieron órdenes, señaló que nunca recibió una orden por parte de éstas, ellas únicamente revisaban el informe |
| 01:01:13 | Indagada si el SIMAT es un proceso continuo o esporádico, indicó que la alimentación de la información en el SIMAT es de manera continua en la medida que el Ministerio tiene unos plazos, todos los días hay que alimentarlo si llegan niños nuevos, si hay retiro de estudiantes, registro para el ICFES, señaló que para el suministro de recursos por parte del Ministerio de Educación – Sistema General de Participación ello se efectuaba de acuerdo al número de niños matriculados |
| 01:05:46 | Indagada si la actualización de la información del SIMAT era una obligación establecida en el contrato o si la misma fue una actividad impuesta por algún funcionario del municipio – Sec. de Educación o de la Rectoría, indicó que era una obligación contractual pero estaba subordinada al Rector de la Institución y a la Secretaría |
| 01:06:46 | Preguntado si el Rector de la Institución Educativa donde prestó sus servicios le impartió órdenes adicionales a las obligaciones establecidas en los objetos contractuales o si se asimilaban a estas, precisó que el Rector era el licenciado José Lizardo Figueroa Barón, que si estaban en |

| | |
|----------|---|
| | <p>el contrato algunas ordenes pero habían otras que no lo estaban, en concreto indicó que las actividades que realizó durante todo el tiempo de vinculación fueron <i>“todas las labores de biblioteca, de prestar el televisor, los videos, llevaba una relación que docente a qué hora necesitaba un aula, entonces yo le prestaba, la en todas las instituciones educativas oficiales allá era así, no se aquí en el centro, a los estudiantes no se les pide libros entonces la biblioteca debía estar todo el día, toda la jornada escolar dispuesta a los estudiantes lo mismo a los profesores ...tenía a mi cargo atenderá a los padres de familia para atender las constancias de familias en acción, hacer lo de familias en acción, llevar todos los listados allá para que les paguen el subsidio ... todo lo que genera la institución educativa respecto al programa de notas que se maneja en el colegio que es meter las planillas, darle planillas a los docentes, saber cuándo son las reuniones de padres de familia, las calificaciones todo el proceso absolutamente de notas... veedora del comedor infantil, asistir a las reuniones de cobertura de familias en acción del DANE para elaborar el registro del DANE de los chicos grado por grado para saber cuántos hay, edades en las que están, el proceso de los reprobados...el archivo de los profesores”</i></p> |
| 01:14:41 | <p>Indagada si en los tiempos de vacancia escolar tuvo vinculación a través de contrato de prestación de servicios, en caso afirmativo, si dichas actividades fueron supervisadas y por quien, contestó: <i>“Con el Rector y Hubo ordenes de prestación de servicios que si pasaban las vacaciones como hubo otros que no, que los contratos verbales que así se llaman, por ejemplo los docentes ingresan una semana antes que los chicos en enero, yo ingresaba con los docentes porque había que hacer el acta de inicio de los docentes y empezar a hacer la matrícula de los estudiantes ...empezaba el proceso del SIMAT para tenerlo al día”</i></p> |
| 01:16:00 | <p>En los periodos iniciales o de matrícula no había contrato escrito, iniciando año siempre fueron verbales, <i>“ese es el paradigma de las cosas si los muchachos ingresan a la institución educativa la segunda semana de enero la mayoría de los contratos los hacen en febrero en marzo finalizando marzo como se refleja en los contratos, entonces es la contradicción porque quien hace el proceso y si a sumerge le dicen que va a laborar pues entonces hay que hacer el proceso porque hay que tenerlo al día, pero el contrato escrito no existió desde el primer día”</i></p> |
| 01:17:07 | <p>Indagada por la persona que la llamaba para que prestara sus servicios sin que mediara contrato escrito, señaló: <i>“Muchas veces el señor Rector me decía usted se va a quedar, usted va a continuar con nosotros sino que no ha salido el contrato, a veces lo llamaba a uno la persona encargada de recibir los documentos en la Secretaría de Educación porque la hoja de vida los papeles, le decían a uno usted continua pero hasta ahora estamos haciendo los contratos”</i></p> |

12. CASO CONCRETO

En el presente asunto se debe establecer si nos encontramos frente a una relación laboral o ante una simple vinculación mediante órdenes y contratos de prestación de servicios, al respecto el Consejo de Estado en varias decisiones¹² ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la **prestación personal del servicio**, la **remuneración** y en especial, la **subordinación y dependencia del trabajador** respecto del empleador, por ello a fin de analizar el caso concreto lo abordaremos del estudio pormenorizado de cada una de estas circunstancias.

En primer lugar se debe señalar que el acervo probatorio arrojado al proceso fue dado a conocer a las partes en Litis, sin que ninguna de ellas presentara reparos en su validez, frente a la tacha de testigos el Despacho se está a lo dispuesto en precedencia. En este orden, valoradas las pruebas en conjunto se tienen probadas:

¹² Consejo de Estado, Sentencia de junio 23 de 2005, expediente No.245, CP. Jesús María Lemos Bustamante.

La prestación personal del servicio

La prestación personal del servicio consiste en la efectiva ejecución de la labor por parte del trabajador o contratista según sea la modalidad, este elemento exige el desarrollo de todo el esfuerzo personal en el desarrollo de la actividad encomendada.

Al aterrizar este concepto al caso concreto, tenemos que de la prueba documental allegada por las partes, tales como la copia de los contratos de prestación de servicios, acta de inicio y actas de liquidación, así como de la prueba testimonial aducida con la intervención de ambas partes, se puede concluir que evidentemente la demandante prestó sus servicios de manera personal y directa en favor del municipio de Sogamoso – Secretaría de Educación, a través de sucesivos contratos de prestación de servicios como lo reseña la tabla 1.

De suerte que no se discute que los servicios prestados por la demandante iniciaron en el año 2008 y se prolongaron de manera interrumpida hasta el año 2015, por lo que se encuentra acreditado el primer requisito, puesto para la ejecución de los objetos contratados, no se apoyó en personal distinto a su propia capacidad y formación, cumpliendo actividades *intuitu personae*, siendo así que en cada uno de los contratos suscritos por las partes, se estableció una cláusula en la que con diferencias sinonímicas, se pactó que la contratista no podía ceder el respectivo contrato a persona natural o jurídica, sin el consentimiento previo y escrito del municipio.

La remuneración

La remuneración constituye la retribución justa en dinero o en especies de la labor ejecutada, si bien es cierto para el caso concreto y según la forma de vinculación por la modalidad de prestación de servicios se le ha denominado honorarios. En lo que respecta a éste elemento, se encuéntralo siguiente:

- La actora percibió una contraprestación económica por la labor personal que realizó en la Institución Educativa la Independencia y a favor del municipio de Sogamoso – Secretaría de Educación, según lo estipulado en cada contrato de prestación de servicios, remuneración que dependía de la apropiación y el registro presupuestal correspondiente

- En cada uno de los contratos se estipuló un valor total para el mismo, que a su vez, en la mayoría de estos, por acuerdo de voluntades se pactó que el contratante pagaría el valor total en mensualidades vencidas durante su plazo de ejecución.

Ello se encuentra probado a partir de por las propias minutas de los contratos de prestación de servicios, sus actas de liquidación así como los registros presupuestales correspondientes (fls. 08-12, 13, 28-32, 37, 50-53, 55, 74-75, 78, 88-90, 91, 105-107, 109, 120-121, 125, 139-142, 144, 154-156, 158, 169-170, 172, 187-188, 208-210, 213, 231-233, 236, 252-254, 256, 274-276, 279, 306, 309, 338, 342), documentos que señalan concretamente el valor y la forma de pago cancelado a la contratista por la ejecución del objeto contratado.

De esta forma queda plenamente demostrado que la labor ejecutada por la demandante y en favor de la entidad demandada contó con una remuneración, aspecto que estructura uno de los elementos necesarios para demostrar la existencia de un contrato realidad a la luz de la normatividad y jurisprudencia citada.

La subordinación

Es quizá el aspecto que cobra mayor relevancia en este tipo de controversias en donde se busca demostrar la existencia de un contrato realidad, y hace referencia a la *“aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, “todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado”*¹³.

En el caso concreto, observa el Despacho que lo probado en el proceso excluye expresamente los elementos propios de la subordinación, entendida como aquella facultad de exigir al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

En efecto, se advierte que en este caso, no se demuestra que de manera permanente se hubieren emitido órdenes por parte de la Administración, ni menos que estas fueran alejadas del cumplimiento de las obligaciones y del objeto contractual, sino que ciertas exigencias se contraen al ejercicio propio de actividades de supervisión del contrato y verificación del cumplimiento de tales obligaciones contractuales, como tampoco se acreditó el despliegue por parte de la demandada de poderes correctivos o requerimiento respecto de la contratista demandante.

Las pruebas documentales y testimoniales dan cuenta de que en vez de una relación sometida a subordinación, por el contrario, en este caso se realizan actividades coordinadas con el quehacer diario de la entidad basada en las cláusulas contractuales.

Si bien el testimonio de Nancy Nayibe Álvarez Morales en consonancia con lo manifestado por la demandante señora Mercedes Iveth Barrera en el interrogatorio de parte, indican que la referida ejecutó su contrato de lunes a viernes en horario de 6:45 a.m. a 1:45 p.m., el Despacho interpreta que ello se debe a la clase de actividades que debía ejecutar con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos con el municipio y no a la imposición de un horario específico, que no puede ser por fuera al que ordinaria y legalmente tiene establecida la Instituciones Educativa.

Esta conclusión que resulta obvia puesto sus actividades y obligaciones contraídas conforme al clausulado contractual estaban las siguientes: atender el servicio de Biblioteca y todo aquello que intrínsecamente conlleva (preparar material, llevar bases de datos, atender a los usuarios, prestar material), alimentar el sistema de información escolar de ingreso, revisión y control, las cuales denotan la ejecución del objeto contractual, las cuales es claro que debían ejecutarse dentro del horario en el que docentes y estudiantes acuden a la Institución Educativa la Independencia a desarrollar la respectiva jornada escolar, que por ser en el sector rural, tal como lo señaló la referida testigo y la misma demandante, era en las horas de la mañana.

En este orden, no puede confundirse que el contratista goza de independencia y autonomía para el desarrollo del objeto contractual, para llevar al absurdo que estas se desarrollen al antojo o acomodo del horario del contratista, porque es la necesidad del servicio conforme al desarrollo del objeto institucional, la que

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 31 de mayo de 2016, Exp. 05001233300020130081301 (36872014).

fundamentan su vinculación contractual, ante la falta de personal de planta, de suerte que no se concibe la ejecución de actividades por fuera de horarios en los que la entidad no los necesita, o en palabras del alto tribunal, el contratista no puede desempeñarse *“como rueda suelta y a horas en que no se les necesita”*¹⁴

De contera y de forma categórica, se colige que no se allega evidencia alguna que permita establecer que la demandante recibía órdenes insoslayables y permanentes para la ejecución del cometido contractual.

Precisamente, el testimonio de las señoras Nancy Nayibe Álvarez Morales y Liliana María Barrera Pérez, principalmente el de la primera en cuanto ejerció la supervisión de los contratos ejecutados por la demandante – evidencia con certeza y exactitud en su dicho, pues la ciencia del mismo se encuentra respaldada en el conocimiento directo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la actora prestó sus servicios-, constituye prueba de que la contratista no estaba subordinada ni dependía de la entidad demandada, las testigos en manera alguna refieren a que actividad de la demandante hubiese estado supeditada a órdenes impartidas por el personal o funcionarios de la demandada; por el contrario, al señalar que la labor de la administración frente a los contratos suscritos con la demandante se limitó a exigir de esta el deber de rendir informes sobre la ejecución del contrato, se tiene que la Administración no excedido la labor de coordinación contractual, supervisión o un control el cumplimiento del objeto contractual.

En otro aspecto, el deber impuesto a la contratista, aquí demandante, de reportar informes sobre la ejecución del contrato, no constituye un indicio de subordinación, pues en la práctica dicha exigencia tiene su génesis en la necesidad de verificar el correcto y cabal cumplimiento de las obligaciones y objeto del contrato, incluida la tipología de prestación de servicios regulado por la Ley 80 de 1993, máxime que el artículo 14 *Ídem*, establece que la dirección general, control y vigilancia de la ejecución del contrato, recaerán en la entidad estatal contratante.

Aunado a lo expuesto, dentro del material probatorio allegado al proceso de la referencia, no obra prueba documental que demuestren la *sujeción laboral* de la demandante al municipio de Sogamoso, lo que contraría de manera efectiva lo expuesto en su escrito demandatorio que señala que como consecuencia de los contratos suscritos con el ente territorial, estuvo subordinada laboralmente, puesto que de ser así, se hubiesen allegado oficios o memorandos que le impusieran gestionar procedimientos específicos e inevitables. En el mismo sentido se echa de menos llamados de atención, investigaciones disciplinarias, etc., que permitan establecer que la entidad demandada desplegó sobre la demandante sus poderes correctivos o requerimientos propios a de un empleador.

Se itera que la coordinación 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 cierta intensidad horaria, recibir instrucciones del personal administrativo y elaborar informes de sus

¹⁴ Así se dijo en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, MP. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda: *“... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”*

actividades y resultados, aspectos que no implican la configuración del elemento de *subordinación* propio de una relación laboral, de suerte que éste Despacho Judicial, con grado de certeza, arriba a la conclusión que no se demuestra éste requisito obligatorio, esencial y estructurador del “*contrato realidad*” para que pudiera declararse la existencia de una relación laboral.

Se resalta que a la parte demandante se impone la carga procesal y demostrativa de aportar al plenario de la prueba idónea de la subordinación, dicho ejercicio que no aporta en el presente caso, no obstante que dicha carga incumbía a la misma en la medida que la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene aplicación en un contrato de prestación de servicios de carácter estatal, caso en el cual la ventaja probatoria a que alude la demanda, el legislador la estableció a favor de la entidad contratante, de suerte que el contratista le asiste del deber procesal de desvirtuar la presunción de legalidad mediante un arsenal probatorio suficientes e idóneo que demuestre la pretendida relación laboral.

Es decir que en tratándose del contrato estatal de prestación de servicios, se impone al contratista que funge como demandante y que no prueba, la regla que señala que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si este no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda “*actore non probante, reus absolvitur*”, so pena de ser negadas sus aspiraciones.

En suma se establece entonces que entre la demandante Mercedes Iveth Barrera y el municipio de Sogamoso se suscribieron, varios contratos de prestación de servicios, en los cuales, con base en la autonomía de la voluntad, las partes acordaron no constituir vínculo o relación laboral alguna entre estas mismas, rigiéndose para todos los efectos legales por la Ley 80 de 1993, acuerdo contractual que no fue desvirtuado en este proceso, así en consecuencia se desestimarán las pretensiones de la demanda.

13. DECISIÓN SOBRE EXCEPCIONES

Del clausulado de cada contrato referido en este proceso, se establece un pacto para la prestación personal del servicio por la contratista, aquí demandante, quien a su vez recibe a cambio de sus servicios un pago por concepto de honorarios, sin que en el plenario se haya acreditado en esta relación contractual un asomo de subordinación entre las partes, por lo tanto se acoge la argumentación expuesta en la contestación y alegatos finales de la entidad demandada, por lo que se hayan fundadas las excepciones propuestas denominadas por la demandada “*Ausencia de derecho por restablecer*” y “*Inexistencia de los derechos pretendidos*”

14. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en este proceso, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Art. 365 del CGP.

Conforme al Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho en el equivalente al cuatro por ciento (4%) del valor de la pretensión mayor de la demanda que corresponde a la liquidación por concepto de prima de servicios reclamada (fl. 14)

15. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley”*

FALLA:

Primero.- Declarar probadas las excepciones de mérito propuestas y denominadas por la entidad demandada *“ausencia del derecho por restablecer”* e *“inexistencia de los derechos pretendidos”*.

Segundo.- Denegar las suplicas de la demanda, conforme a la parte motiva de este proveído.

Tercero.- Condenar en costas a la entidad demandada, las cuales se liquidarán por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Cuarto.- Fijar como agencias en derecho la suma el equivalente al cuatro por ciento (4%) del valor estimado para la pretensión mayor de la demanda por concepto por concepto de prima de servicios reclamada (fl. 14) conforme lo expuesto.

Quinto.- De sobrar dineros de lo consignado por concepto de gastos procesales, por Secretaría **liquídense y devuélvase** a la parte interesada.

Sexto.- Una vez en firme ésta providencia, **archívense** las diligencias dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ