**CONTRATO REALIDAD – Marco normativo y jurisprudencial**

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. (…) 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

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Diferencias con contrato de trabajo – Elementos diferenciadores**

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. (…) 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

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Desnaturalización**

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, 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. (…) 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 laborales

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Elementos que dan cuenta de la desnaturalización**

La subsección B de esta sección segunda 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, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Subordinación**

En relación con la subordinación, como último elemento de la relación laboral, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por la actora en el ente demandado y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no. (…) el Liceo Gustavo Matamoros León del Ejército Nacional es un establecimiento de educación formal, de carácter oficial y régimen especial, el cual se somete a la legislación y a las disposiciones establecidas por el Ministerio de Educación Nacional, con sujeción administrativa y fiscal del Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional. (…) la demandante argumenta que, en virtud de las labores de servicios generales y de aseo que desempeñó a través de contratos de prestación de servicios (…) estaba supeditada a un horario y atendía órdenes provenientes de las directivas y docentes del Liceo del Ejército Nacional Gustavo Matamoros León y, en consecuencia, solicita el reconocimiento y pago de prestaciones sociales derivadas de tales contratos. (…) se deduce entonces que la demandante cumplió labores primordiales para el funcionamiento del Liceo Gustavo Matamoros León, que aunque no hacen parte del objeto principal encaminado a la formación académica, comportaban un servicio necesario a favor de sus directivos, docentes y estudiantes. (…) al presente asunto le es aplicable el principio de «la primacía de la realidad sobre formalidades», pues es indudable que la demandante desempeñaba personalmente la labor en un cargo que revestía las características de permanente y necesario para el funcionamiento del establecimiento educativo, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia. (…) , se confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, que accedió a un segmento de las súplicas de la demanda, y se modificará en el sentido de (i) declarar probada de oficio la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados con anterioridad al 5 de febrero de 2011; (ii) declarar que la vinculación laboral entre la actora y el Liceo Gustavo Matamoros León estuvo vigente desde el 13 de agosto de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones; (iii) ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros Léon que efectúe los pagos correspondientes a las prestaciones sociales originadas de la aludida relación laboral, en proporción a cada período trabajado, en virtud del contrato de prestación de servicios 203 de 2011 (incluida sus prórroga), debido a que operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás contratos; (iv) tomar (durante el tiempo comprendido del 13 de agosto de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), en la forma atrás señalada; (v) declarar que el lapso laborado por la señora Ismenia Solano Fuentes en servicios generales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León, desde el 13 de agosto de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales; (vi) devolver los dineros cancelados por la accionante en razón a la cuota parte legal que el organismo demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución del precitado contrato; (vii) compensar en dinero las dotaciones de vestido y calzado de labor, entre el 31 de enero y el 30 de diciembre de 2011 (tres dotaciones); y (viii) se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de horas extras de trabajo, conforme a lo expuesto.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Prestaciones sociales – Prescripción**

Dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, la entidad accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 13 de agosto de 2004 y el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, durante la ejecución de los mencionados contratos. En lo concerniente a la pretensión de devolución de los dineros cancelados por concepto de aportes al sistema general de seguridad social, se tiene que solo es procedente tal petición respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud, durante la ejecución del contrato de prestación de servicios 203 de 2011 (incluido su otrosí), ya que frente a los demás, como se anotó en párrafos anteriores, operó la prescripción trienal, lo cual se hace extensivo al deprecado reintegro, toda vez que, de acuerdo con la pluricitada sentencia de unificación, este es un beneficio puramente económico para la demandante. A pesar de lo dicho, resulta oportuno declarar en este fallo que el tiempo trabajado por la actora bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios durante el período comprendido entre el 13 de agosto de 2004 y el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER**

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 85001-23-33-000-2014-00164-01(4563-15)**

**Actor: ISMINIA SOLANO FUENTES**

**Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL- LICEO GUSTAVO MATAMOROS LEON Y SOLUCIONES HERNANDEZ SJM EU**

**Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**Tema\_ CONTRATO REALIDAD**

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por la demandante[[1]](#footnote-1) y el ente accionado[[2]](#footnote-2) contra la sentencia de 23 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1 Medio de control** (ff. 2 a 11). La señora Ismenia Solano Fuentes, por conducto de apoderada, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León y «*SOLUCIONES HERNÁNDEZ SJM EU*» para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.2 Pretensiones.** Se declare: (i) «[...] *la nulidad del oficio recibido el 7 de marzo de 2014, suscrito por la* [...] *Nación – Min defensa – Ejercito* [sic] *Nacional – Liceo del Ejército y Rector del Colegio Gustavo Matamoros León, mediante el cual se niega la reclamación de pago de las prestaciones sociales a la actora*».

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se condene «[...] *a la Nación – Min defensa – Ejercito* [sic] *Nacional – Liceos del Ejército - Rector del Colegio Gustavo Matamoros León* [y] *Soluciones Hernández*» al pago de (i) «[...] *emolumentos salariales* [...]» desde el 23 de agosto de 2004 hasta 18 de enero de 2013, como primas de vacaciones, servicios y navidad, cesantías e intereses sobre estas, vacaciones, «*aporte obreros patronales*», dotaciones, horas extras, auxilio de transporte e indemnizaciones por no afiliación al fondo de cesantías, no pago de prestaciones sociales y terminación unilateral del contrato de trabajo; (ii) los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los respectivos fondos en el lapso acreditado en los contratos, indexados conforme a la ley; y (iii) costas procesales e intereses de las anteriores sumas.

Que asimismo se declare que no «*existió solución de continuidad* [durante] *el tiempo laborado por la actora*».

**1.3 Fundamentos fácticos.** Relata la accionante que trabajó para el Liceo del Ejército Nacional «*Gustavo Matamoros León - Yopal*», a través de contratos y órdenes de prestación de servicios, en forma continua desde el 23 de agosto de 2004 hasta el 18 de enero de 2013. En ese tiempo desempeñó labores de «[...] *Aseo general* [...], *portería, mensajería* [y] *cafetería*», con notoria subordinación y dependencia de los directivos y docentes del plantel educativo.

Dice que en los años 2004 a 2007 cumplía horario de «[...] *12 meridiano a cinco de la tarde*» y a partir del 2008 «[...] *desde las 5:30 AM hasta las 5 PM*» (sic).

Que para el 2012 la vinculación con la demandada fue «[...] *a través de un contrato firmado por la cooperativa de trabajo* [...] *SOLUCIONES HERNANDEZ* [sic] SJM EU, *con un salario de* [...] *($650.000) más auxilio de transporte de $67.800*»; y «[...] *el 18 de enero de 2013, el* [...] *director del liceo Gustavo Matamoros León*, *le dijo que no había más trabajo*»*.*

Por ello, con escrito enviado por correo certificado y recibido el 5 de febrero de 2014[[3]](#footnote-3) solicitó de la entidad pública demandada el reconocimiento de sus prestaciones sociales, lo que le fue despachado de manera desfavorable con oficio de 5 de marzo de 2014.

**1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política; 7.º del Decreto 1050 de 1973 y 75 del Decreto 1042 de 1978.

Arguye la actora que con la determinación impugnada se le trasgreden sus derechos, por cuanto la labor de servicios generales para la cual fue contratada encuadra dentro de una relación de naturaleza legal y reglamentaria, pues de manera evidente aparecen los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Que además se quebranta el principio de igualdad, pues «[...] *la permanencia en la función pública* [...] *implicaba necesariamente la obligación de los demandados de crear en la planta de personal* [...] *el cargo respectivo*» que ella desarrolló, y así recibir un trato igual a quienes son vinculados bajo dicha modalidad y recibir las prestaciones sociales derivadas de la misma.

**1.5 Contestación de la demanda** (ff. 114 a 129). La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional propone la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y de requisitos formales. Se opone a prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos dice que algunos son ciertos y otros no.

Manifiesta que «[...] *no existe prueba idónea que dé cuenta de una relación laboral entre la señora ISMENIA SOLANO FUENTES y el MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO* [sic] *NACIONAL* […] *desde agosto de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2011*»*,* que derive el reconocimiento de prestaciones sociales.

Que no se demostró el cumplimiento de horario ni reglamentos, así como la permanencia y continuidad, pues los contratos suscritos entre las partes denotan que la labor se ejecutó en forma interrumpida.

Sostiene que «[...] *el acto administrativo demandado* [...] *está revestido de la presunción de legalidad* [...] *como quiera que hasta el momento no se ha desvirtuado su contenido*».

Por su parte, la cooperativa accionada guardó silencio en esta oportunidad.

**1.6. Providencia impugnada.** El Tribunal Administrativo de Casanare, en sentencia de 23 de julio de 2015[[4]](#footnote-4), accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, porque declaró la nulidad del acto administrativo acusado y reconoció, con base en el principio de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política), que existió una relación laboral velada bajo contratos de prestación de servicios, durante los siguientes períodos: 13 de agosto a 30 de diciembre de 2004 y 31 de diciembre de 2009 a 30 de diciembre de 2011.

Precisa que «[...] *se pudo verificar* [...] *que las labores adelantadas por la actora no fueron transitorias ni ocasionales sino que, por el contrario, como lo evidencian las fechas de los contratos, las funciones que le fueron asignadas para servicios generales son de carácter permanente, para las cuales,* [...] *está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, lo que contradice el carácter temporal propio de este tipo de acuerdos*».

Señala que la actora celebró contrato de trabajo con la «*SOCIEDAD SOLUCIONES HERNÁNDEZ*», entre el 1.º de febrero y el 30 de diciembre de 2012, por lo cual no «*hay lugar al pago de las prestaciones sociales porque durante se* [sic] *periodo* [...] *le fueron canceladas*» y, por ende, negó las pretensiones contra la empresa.

Encontró que la accionante no probó que en el lapso del 31 de diciembre de 2004 al 29 de agosto de 2008 prestó sus servicios «*a la Nación Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Liceos del Ejército – Liceo Gustavo Matamoros León*».

En relación con los aportes a pensión y salud señala que «*la accionante solicitó el reembolso de los pagado por esos conceptos pero no discriminó cuál era el monto a reembolsar por cada uno; en el expediente no se encuentra prueba documental suficiente para hacer la liquidación, motivo por el cual esos dos temas deberán liquidarse por incidente acorde con las previsiones del CPACA*».

Por último, señaló respecto de la condena en costas que «[...] *resulta razonable ponderar en cada caso la actividad procesal de las partes para deducir de allí si hay lugar o no a condena en costas, teniendo en cuenta* [...], *la conducta temeraria de la parte,* [...] *o el fundamento mismo de los actos procesales, pues algunos no son serios sino caprichosos, arbitrarios o algo similar*», por lo que en el caso concreto no es procedente ordenarlas al no haberse presentado ninguna de dichas circunstancias.

**1.7 Recursos de apelación:**

**1.7.1 Parte demandante** (ff. 412 a 428). Inconforme parcialmente con la decisión de primera instancia, la demandante interpone recurso de apelación, en el que cuestiona las determinaciones del *a quo* en cuanto a que «[...] *en el expediente no hay pruebas que demuestren que la actora efectivamente estuvo prestando sus servicios a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Liceos del Ejército – Liceo Gustavo Matamoros León, en forma continua desde el mes de agosto del año 2004 hasta el 18 de enero del año 2013* [...]»*.*

Arguye que el *a quo* «[...] *al ceñirse solamente a considerar los contratos que fueron aportados* [...]»*,* desconoce el deber de la entidad de aportar la totalidad de las pruebas que tiene en su poder, «[...] *toda vez que la encartada es quien está en mejor posición para probar el hecho*».

En lo concerniente a la liquidación de los salarios y prestaciones sociales, señala que debe ser conforme a las «[...] *prestaciones que devenga el personal de planta en un cargo similar o en su defecto tomándose el último salario devengado por el trabajador* [...] *y no como lo dice la sentencia recurrida*».

Refiere que el *a quo* no se pronunció sobre las horas extras y la dotación, pese a que son prestaciones que se derivan de la relación laboral.

Y, por último, solicita que «[...] *no se le excluya del debate procesal a Soluciones Hernández* [...]», porque «[...] *no fueron liquidadas por ellos todas las prestaciones a que tiene derecho* [...]».

**1.7.2. Parte demandada** (ff. 434 a 440). La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León, por intermedio de apoderado, interpone recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, al estimar que «[...] *no se acreditaron todos los elementos constitutivos de una relación laboral, pues si bien* [...] *la señora ISMENIA SOLANO FUENTES prestó sus servicios de manera personal durante el tiempo demostrado, no es cierto que el elemento SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA surja del análisis del acervo probatorio.*

Que «[...] *la prestación personal* [...] *se realizó de forma INTERRUMPIDA en el tiempo y de acuerdo a las necesidades del servicio* [...]*. La parte actora no demostró ni la permanencia, ni la continuidad de su servicio, siendo carga probatoria suya*».

Concluye que existió una relación de coordinación entre las partes, propia de los contratos de prestación de servicios.

**II. TRÁMITE PROCESAL**

Los recursos interpuestos fueron concedidos mediante proveído de 27 de octubre de 2015 (ff. 448 a 450) y admitidos por esta Corporación a través de auto de 20 de junio de 2016 (f. 472); en el que se dispuso la notificación personal al Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 247 del CPACA.

**2.1 Alegatos de conclusión**. Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con auto de 23 de junio de 2017[[5]](#footnote-5), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, sin embargo, la demandante presentó escrito en forma extemporánea, mientras que los demás guardaron silencio.

**III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**3.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

**3.2 Problema jurídico**. Corresponde a la Sala determinar (i) si a la accionante le asiste razón jurídica o no para reclamar de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León y de la empresa Soluciones Hernández SJM EU, el reconocimiento y pago de prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que laboró en el área de servicios generales, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre formalidades, o, por el contrario, si los contratos de prestación de servicios que celebró con la entidad pública se ajusta a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral; (ii) si la actora se desempeñó como funcionaria de hecho al servicio de la entidad demandada, durante los períodos en los cuales no mediaba vínculo contractual, y en caso afirmativo, si ello implica que no hubo solución de continuidad en el ejercicio de su trabajo; (iii) establecer a partir de qué momento se configura el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos prestacionales derivados del denominado «*contrato realidad*»; y (iv) si entre la demandante y la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León se configuró una relación laboral, a pesar de su vinculación mediante contrato de trabajo con la cooperativa Soluciones Hernández SJM EU.

**3.3 Cooperativas de trabajo asociado.** La Ley 79 de 1988, «*Por la cual se actualiza la legislación cooperativa*», en su artículo 80, señala que las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus socios para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, puesto que son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía; su objeto social es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos, según el artículo 5.º del Decreto 455 de 2006, «*Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado*», se debe precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales sobre la materia.

Este mismo Decreto, en sus artículos 16 y 17, establece la prohibición, por una parte, de que el asociado que sea enviado por la cooperativa o precooperativa de trabajo asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, por lo que se considerará trabajador dependiente de la que se beneficie con su trabajo; y, por la otra, que no podrán actuar como empresas de intermediación laboral ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a un usuario o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que atiendan labores de estos, o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con los contratantes, y en tal caso, sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.

En este sentido, se pronunció esta Corporación, en sentencia de 27 de abril de 2016[[6]](#footnote-6), así:

En la práctica, el trabajo asociado en algunos casos se ha utilizado como instrumento para escapar a la legislación laboral y así eludir las obligaciones para con los trabajadores dependientes o subordinados. Por ello, el Legislador consagró la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actúen como empresas de intermediación laboral, dispongan del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios, remitan a los asociados como trabajadores en misión con la finalidad de que atiendan labores propias de un usuario o tercero beneficiario del servicio, o permitan que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes; y como consecuencia, estableció que el asociado que acuda a estas prácticas se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo. De tal manera que el tercero contratante, la Cooperativa y sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas generadas a favor del trabajador asociado.[[7]](#footnote-7) Sin perjuicio de que queden incursas en causal de disolución y liquidación y que les sea cancelada la personería jurídica.[[8]](#footnote-8)

Por su parte, la Corte Constitucional, en fallo T-442 de 13 de julio 2017[[9]](#footnote-9), reiteró:

“…si durante la ejecución del contrato de trabajo asociado, la cooperativa de trabajo asociado infringe la prohibición consistente en que estas organizaciones solidarias no pueden actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de sus asociados para suministrar mano de obra a terceros beneficiarios, o admitir que respecto de sus asociados se susciten relaciones de subordinación, **se debe dar aplicación la legislación laboral, y no la legislación civil o comercial porque bajo estas hipótesis confluyen elementos esenciales que dan lugar a la existencia de un contrato de trabajo simulado por el contrato cooperativo.**” (Negrillas fuera del texto original).[[10]](#footnote-10)

Así las cosas, se concluye que se defrauda la finalidad con la que se creó este tipo de asociaciones, cuando, a través del funcionamiento de una cooperativa de trabajo asociado, se encubre el desarrollo de relaciones de labor dependiente, es decir, cuando el cooperado presta sus servicios con el fin de atender funciones propias de un tercero beneficiario bajo los tres elementos del contrato de trabajo: **(i)** prestación de un trabajo o una labor en forma personal, **(ii)** subordinación y **(iii)** contraprestación por la función desarrollada.

**3.4 Marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad.** 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 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 1997[[11]](#footnote-11), 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 1968[[12]](#footnote-12), «*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 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, 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 laborales[[13]](#footnote-13).

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda[[14]](#footnote-14) recordó que (i) la subordinacióno 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, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine.*

**3.4 Hechos probados.** El material probatorio traído al plenario da cuenta de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

1. Escritos de la actora dirigidos al gerente de «*SOLUCIONES HERNÁNDEZ S.M.J. EU*», a la rectora del Colegio Gustavo Matamoros León, al brigadier de Liceos del Ejército Nacional y al comandante general de las fuerzas militares, enviados por correo certificado y recibidos por sus destinatarios el 5 de febrero de 2014[[15]](#footnote-15), en los que solicita el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, por haber laborado en la institución educativa durante el período comprendido entre el 13 de agosto de 2004 y el 30 de diciembre de 2012[[16]](#footnote-16).
2. Oficio de 5 de marzo de 2014 del subdirector de los Liceos del Ejército Nacional, por el cual resuelve de manera negativa la reseñada petición de la accionante, en el sentido de que «[...] *existieron diferentes entidades contratantes* [...] *y tres momentos diferentes* [...], *una primera época donde contrataba en forma directa la DECIMO* [sic] *SEXTA BRIGADA, hasta finales del año 2009* [...], *en la segunda etapa era* [...] *LICEOS DEL EJÉRCITO* [...] *y concluyó con la figura de la tercerización donde un tercero maneja la contratación y es el encargado del manejo, la operación, la autonomía* [...] *y de responder por las obligaciones, causales de terminación y vinculaciones realizadas*» y en razón a ello no se probó la permanencia del servicio[[17]](#footnote-17).
3. Documento de 7 de marzo de 2014 del gerente de la empresa de «*SOLUCIONES HERNÁNDEZ S.M.J. EU*», en el que señala que la recurrente fue contratada a partir del 1.º de febrero de 2012 por contrato de trabajo, en virtud del contrato de prestación de servicios «*Outsorcing*» con Liceos del Ejército Nacional, y finalizó su vínculo el 31 de diciembre de la misma anualidad.[[18]](#footnote-18)
4. Contratos de prestación de servicios, suscritos por la demandante con el Ejército Nacional entre los años 2004, 2010 y 2011, que se relacionan así:[[19]](#footnote-19)

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Contrato No.** | **Objeto** | **Fecha** | **Valor** | **Desde/ Hasta** |
| 27 | «*REALIZAR LABORES EDUCATIVAS COMO SERVICIOS GENERALES EN EL LICEO GUSTAVO MATAMOROS LEÓN POR MEDIO TIEMPO*». | 13/8/2004 | $1.420.314 | 13/8/2004 a 30/12/2004 |
| 429 | «*GENERAR ACCIONES ENCAMINADAS AL MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA DE LAS INSTALACIONES QUE FORTALEZCAN AMBIENTES CÓMODOS Y PROPICIOS COMO SERVICIOS GENERALES EN EL LICEO GUSTAVO MATAMOROS LEÓN DE LOS LICEOS DEL EJÉRCITO EN LA CIUDAD DE YOPAL*[…]». | 3/12/2009 | $5.657.000 | 31/12/2009 a 31/8/2010 |
| 325 | «*DESARROLLAR POLITICAS* [sic]*, ESTRATEGIAS, MECANISMOS, PROGRAMAS, RELACIONADOS CON LAS ACTIVIDADES DE APOYO ESPECIALIZADOS EN EL AREA* [sic] *DE SERVICIOS GENERALES DEL LICEO GUSTAVO MATAMOROS EN LA CIUDAD DE YOPAL* […]». | 1/9/2010 | $3.669.440 | 2/9/2010 a 15/12/2010  |
| 203 | «*DESARROLLAR POLITICAS* [sic]*, ESTRATEGIAS, MECANISMOS, PROGRAMAS, RELACIONADOS CON LAS ACTIVIDADES DE APOYO ESPECIALIZADOS EN EL AREA* [sic] *DE SERVICIOS GENERALES DEL LICEO GUSTAVO MATAMOROS EN LA CIUDAD DE YOPAL* […]». | 31/1/2011 | $9.867.000 | 31/1/2011 a 30/12/2011 |

1. Contrato individual de trabajo a término fijo de 2 de febrero de 2012, suscrito entre la demandante y la empresa «*SOLUCIONES HERNANDEZ* [sic] *S.J.M. EU*», para desempeñar el cargo de servicios generales, con salario de $ 650.000 y $67.800 de auxilio de transporte, por el término de 5 meses[[20]](#footnote-20).
2. Certificación de la rectora del Liceo Gustavo Matamoros León de 15 de diciembre de 2014, que indica que ejerció la supervisión de los contratos de prestación de servicios que celebró la actora con la institución educativa.[[21]](#footnote-21)
3. Oficio 10626 de 18 de noviembre de 2014 del director general de los Liceos del Ejército Nacional, según el cual la actora «*laboró en el Liceo Gustavo Matamoros León,* [...] *mediante la figura de sendos contratos de prestación de servicios, en el área de servicios generales* [...] *durante el lapso 15 de diciembre de 2009 a Diciembre de 2011* [...]», y que en el«*2012 se contrató el mantenimiento de las instalaciones del Liceo mediante la figura de un outsourcing* [...]» con la «*empresa SOLUCIONES HERNANDEZ* [sic] *S.J.M EU,* [...] *y* *hasta la fecha se ha continuado realizando procesos contractuales para la adquisición del servicio de aseo y mantenimiento de los 9 liceos del Ejército*» por medio dela misma figura contractual*[[22]](#footnote-22)*.

Acompañó como anexos copia de: (i) estudio de conveniencia y oportunidad para contratar los servicios de la actora de 27 de enero de 2011, (ii) contratos de prestación de servicios, con algunas actas de terminación y liquidación, (iii) contrato de prestación de servicios «*outsourcing*» para servicios generales y mantenimiento para los liceos del Ejército Nacional, entre el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceos del Ejército y «*SOLUCIONES HERNÁNDEZ S.M.J. EU*» de 27 de marzo de 2012, (iv) contrato de trabajo celebrado entre la actora y dicha empresa, (v) liquidación de contrato de trabajo por dicha sociedad, (vi) comunicado de terminación del contrato de trabajo, (vii) comprobantes del banco «*BBVA*», (viii) formularios de afiliación a la caja de compensación familiar de Casanare (ComfaCasanare) y de hoja de vida, (ix) documentos de la historia laboral, (x) actas de recibo a satisfacción de bienes y servicios e informes de gestión o actividades de julio, septiembre, octubre y noviembre de 2011, y (xi) planillas de pago de aportes a salud y pensión de febrero a diciembre de 2012 y enero de 2013 por parte de «*SOLUCIONES HERNÁNDEZ S.M.J. EU*»*,* a favor de la actora[[23]](#footnote-23)

h) En la audiencia de pruebas celebrada el 19 de mayo de 2015, se recaudaron las **declaraciones de los siguientes testigos por la parte demandante** [[24]](#footnote-24):

-Nubia Castillo Barón[[25]](#footnote-25), quien expresó conocer en el 2004 a la reclamante cuando se desempeñaba como «*aseadora servicios generales*» del Colegio Liceo Gustavo Matamoros León del Ejército, por haber sido rectora hasta el 2009.

Afirmó que la demandante realizaba labores de «*aseo de los salones,* [...] *cafetería, bienestar de los docentes relacionados con el agua, con los tintos, turnos,* [...] *cuidado del portón para abrirlo cada vez que timbraban y especialmente recorridos en las zonas verdes donde tenía que evitarse la presencia de algunos animales*».

Que el horario era «*de lunes a viernes desde las 6 de la mañana* [...] *y terminaba más o menos sobre las 5 de la tarde,* [...] *sábado, domingos y festivos se hacía de acuerdo con las necesidades de la brigada* [...]; *y en junio, octubre, diciembre y enero durante las vacaciones el horario era más corto teniendo en cuenta que no estaban las jornadas académicas*».

Manifiesta que en el plantel trabajaban dos personas con las mismas labores de la demandante, también con vinculación por contrato de prestación de servicios.

Que la actora recibía órdenes «[...] *del director del Liceo*» de manera «*verbal en algunas reuniones y por escrito se fijaban en algunas carteleras* [y] *se daban por medio de memorandos*».

- Luz Esperanza Higuera Garzón[[26]](#footnote-26), quien fue tachada por sospechosa por la apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, porque tiene interés directo en el resultado del proceso, en tanto le asiste el mismo ánimo en su pretensión particular para que haya un reconocimiento de la relación laboral en semejantes condiciones de la demandante contra la entidad.

Declaró conocer en el 2004 a la actora por haber sido compañeras de trabajo en desarrollo de las labores de servicios generales en el Colegio Liceo Matamoros León del Ejército.

Respecto de las actividades indicó que la señora Ismenia Solano se encargaba de «*tener arreglado el colegio, barrer, trapear, portería, todo lo del colegio*».

En relación con el horario arguye que tenía que «*entraba a las 12 del día, trabajaba medio tiempo con nosotros, hasta las 5 - 6 de la tarde, de lunes a viernes, y de 5 de la mañana a 6 de la tarde*».

Dice que debían firmar un libro cuando ingresaban en la mañana y que los directivos y profesores de la institución les impartían órdenes.

- Édgar Humberto Riveros Rivera[[27]](#footnote-27), amigo de la demandante sin relación con la entidad demandada.

Narra que conoció a la actora porque junto con el esposo, le cuidaron la finca que posee en el municipio de Labranzagrande (Boyacá) hace aproximadamente 28 años.

A la pregunta de si la demandante «*trabajó en el Colegio Gustavo Matamoros León de Yopal y si le consta, cuándo trabajó y qué funciones desempeñaba allí*?», el testigo contestó «*Yo sé que ella trabajaba ahí manifestado por ella misma* *y porque ella viajaba todos los días a las 5:30 de la mañana a trabajar ahí en ese Colegio, sé que el trabajo era servicios generales y ella manifestaba que tenía que hacer el aseo*, [...] *a veces tenía que ayudar a atender los niños*, *cuando* *tenían “paradas militares” tenía que ir sábados y domingos*».

No vio trabajar a la actora porque vive en una ciudad diferente a Yopal, pero afirma que «[...] *ella lo hacía personalmente junto con otras personas*», y que era una persona responsable.

- Mariluz Vargas Patiño[[28]](#footnote-28) señala que estuvo vinculada con el Liceo Gustavo Matamoros del Ejército, como docente en el período 2004 a 2010, tiempo durante el cual conoció a la actora, quien se encargaba del aseo del plantel, «[...] *de los tintos, papelería,* [...] *en la portería de recibir los niños*»*,* y los fines de semana asistía cuando se programaban actividades.

Indica que de lunes a viernes el personal de servicios generales abría la puerta a las 5:30 de la mañana y que finalizaban su jornada a las 5 de la tarde.

En cuanto a si le impartían mandatos y quién lo hacía, dijo «[...] *Sí la rectora que era la jefe inmediata, quien le hacía llamados de atención personalmente».*

Aduce que la actora «[...] *recién ingresó trabajó medio tiempo y luego todo el día porque se incrementó el trabajo*»*.*

Se recibieron las **declaraciones de los siguientes testigos por la parte demandada Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León[[29]](#footnote-29):**

- Carlos Enrique Orduz Ojeda[[30]](#footnote-30) informa que (i) estuvo vinculado con el Liceo Matamoros León, como director desde el 2011 hasta diciembre de 2012, lapso durante el cual conoció a la demandante, ya que ella «[…] *se desempeñaba en el área de servicios generales* […] *en tareas* […] *de limpieza y desinfección de los corredores y de las instalaciones del Liceo*», vinculada mediante contrato de prestación de servicios*;* (ii) era el supervisor del contrato y nunca le hizo llamados de atención por sus labores, pues su función como tal «[…] *era el seguimiento a las funciones que estaban en el objeto contractual* […]»; y (iii) las labores de servicios generales se desarrolló con tres personas, quienes acordaban entre sí la distribución de las áreas de limpieza de la institución y el horario para hacerlo.

- María Fernanda Rojas Acevedo[[31]](#footnote-31), quien manifestó que se desempeñó como coordinadora general de la institución educativa desde el 2004 hasta el 2008 y rectora del 2009 a enero de 2015, y por ello conoció a la accionante quien «*prestaba servicios generales*», vinculada por orden de prestación de servicios.

Afirma que fue supervisora del contrato en 2009 y 2010 y nunca le impartió órdenes, ni le exigió cumplir horario, solo «*verificaba que quedara organizado y limpio el Colegio*».

Aduce que en el plantel tres personas realizaban las labores de aseo y ellas se distribuían las áreas para limpiar.

No recuerda la fecha para la cual la actora empezó a laborar en la institución educativa.

Indica que «*ellas llegaban a las 6 de la mañana y según lo que ellas se demoraran haciendo el aseo y dejando las cosas organizadas*».

Agrega que «*cuando no había personal de aseo* […] *el batallón de servicios* […] *prestaba soldados* […] *que le ayudaran a hacer la limpieza de barrer las canchas, de limpiar* […], *para ir organizando el Colegio para tenerlo limpio*».

- Edson Geraldo Barahona Hoyos[[32]](#footnote-32), quien expresó que fue director del Liceo por lapso de un año y medio desde diciembre de 2013, época para la cual no había personal de aseo ni mantenimiento.

Aseveró no conocer a la accionante, y refirió que « *cuando llegó el Colegio no contaba con equipo de mantenimiento y las instalaciones estaban deterioradas y con el batallón de servicios solicité un soldado para que ayudara en esas labores*».

**5.5 Caso concreto.** De las pruebas anteriormente enunciadas, estima la Sala que la demandante prestó sus servicios en el Liceo Gustavo Matamoros León del Ejército, mediante contratos de prestación de servicios del 13 de agosto al 30 de diciembre de 2004, desde el 31 de diciembre de 2009 hasta el 31 de agosto de 2010, del 21 de septiembre al 15 de diciembre de 2010 y del 31 de enero al 30 de diciembre de 2011 con algunas interrupciones, en el área de servicios generales.

Así las cosas, se encuentra claramente demostrado con la copia de los contratos de prestación de servicios, la existencia de dos de los elementos de la relación laboral, por un lado, **la prestación personal del servicio,** por cuanto efectivamente la demandante fue contratada por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León en el área de servicios generales, lo que implica que fue quien prestó el servicio, y, por otro, la **remuneración por el trabajo cumplido**, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un «*VALOR*» con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a percibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que en este caso le era pagada en forma mensual.

En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por la actora en el ente demandado y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no.

Resulta pertinente precisar que por medio de la Resolución 6500 de 3 de agosto de 1994 del Ministerio de Educación Nacional[[33]](#footnote-33), se estableció que los liceos del Ejército son instituciones educativas de régimen especial y se orientan por normas y políticas del comando y de la dirección general de los liceos del Ejército Nacional en lo relacionado con el otorgamiento de cupos, procesos de contratación, administración de personal, vinculación laboral y prestacional. En materia académica se rigen por las normas del Ministerio de Educación Nacional: Leyes 115 de 1994 y 715 de 2001, Decretos 1860 de 1994 y 1290 de 2009.

Así las cosas, el Liceo Gustavo Matamoros León del Ejército Nacional es un establecimiento de educación formal[[34]](#footnote-34), de carácter oficial y régimen especial, el cual se somete a la legislación y a las disposiciones establecidas por el Ministerio de Educación Nacional, con sujeción administrativa y fiscal del Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional.

Ahora bien, la demandante argumenta que, en virtud de las labores de servicios generales y de aseo que desempeñó a través de contratos de prestación de servicios desde el 23 de agosto de 2004 hasta el 18 de enero de 2013, estaba supeditada a un horario y atendía órdenes provenientes de las directivas y docentes del Liceo del Ejército Nacional Gustavo Matamoros León y, en consecuencia, solicita el reconocimiento y pago de prestaciones sociales derivadas de tales contratos.

Precisa la Sala que obran en el expediente los contratos de prestación de servicios 27 de 2004 (del 13 de agosto al 30 de diciembre del mismo año), 429 de 2009 (del 31 de diciembre de 2009 al 31 de agosto de 2010), 325 de 2010 (del 2 de septiembre al 15 de diciembre de la misma anualidad) y 203 de 2011 (del 31 de enero al 30 de diciembre de la misma vigencia) y su respectivo otrosí suscritos entre la demandante y la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, que tenían por objeto que ella realizara actividades en el «*ÁREA DE SERVICIOS GENERALES*» en el Liceo Gustavo Matamoros de Yopal.

Asimismo, se allegaron (i) actas de recibo a satisfacción de bienes y servicios firmadas por la accionante y por la supervisora del contrato, en las que se advierte el cumplimiento de labores por aquella de limpieza de instalaciones, «*Mantenimiento y aseo de las áreas asignadas, control de personal que ingresa a la institución, vigilancia y cuidado de los elementos dispuestos en el Liceo, informando oportunamente cualquier novedad*»; (ii) informes de gestión de actividades específicas de mantenimiento de «[…] *05 aulas diarias, laboratorio de ingles* [sic] *y laboratorio de sistemas consistente en barrer, trapear, acomodar pupitres y sillas, limpiar ventanería y telarañas (05 veces a la semana)* […], *pasillos de preescolar, canecas y ventanería correspondiente a este nivel* […], *baños de preescolar (06) diarios, consistente en barrido, lavado, y trapiado incluyendo pasillos y entrada principal* […], *cancha cubierta y tarima principal (04) veces en el mes consistente en barrido, limpieza de gradería, y rastrillado en zonas verdes* […], *sotano* [sic], *sala de profesores y administrativos* […], *laboratorio de química, llevando a cabo proceso de barrido, trapeado, limpieza de mesones y estantería* [sic] *y lavado de baño* […]», y de preparación y distribución de 230 tintos y aromáticas «*para el personal docente y administrativo a diario y en actividades como reuniones y actos culturales propios del Liceo*»; y (iii) estudios de conveniencia y oportunidad de 27 de enero de 2011 para contratar los servicios de la accionante, en los que se advierte como actividades a desarrollar «[…] *relizar aseo de las áreas asignadas para evitar la propagación de enfermedades, plagas en el personal que labora en el Liceo del Ejército* […], *responder por el mantenimiento y conservación de herramienta y equipos asignados* […], *solicitar los materiales necesarios para efectuar el mantenimiento de las dependencias* […], *revisar en forma permanente la zona de baños para garantizarlas* [sic] *condiciones de higiene* […], *verificar las basuras de las dependencias para evitar la pérdida de documentos clasificados* […] *las demás funciones asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo, para cumplir con la misión de servicios generales*»*.*

La Sala anota que si bien fue atendido en audiencia de pruebas el testimonio de la señora Luz Esperanza Higuera Garzón, quien se desempeñó como compañera de trabajo en el desarrollo de las labores de servicios generales y presentó demanda con base en hechos y pretensiones similares a las planteadas por la accionante, de conformidad con el artículo 211 del Código General del Proceso (CGP), se impone el deber de valorar las narraciones de aquellas personas cuya credibilidad e imparcialidad se encuentren afectadas, «[...] *de acuerdo a las circunstancias de cada caso*», sin que implique esto restricción alguna para atribuir mérito a lo dicho por ellas, sino que comporta un mandato de especial rigor al estudiarlas, siempre en contexto con las demás probanzas del expediente, de allí que más que los fundamentos para aceptar o rechazar tales testimonios, lo que resulta relevante es determinar su alcance en concordancia con los demás medios de convicción y las aristas del caso.

Se advierte que la testigo afirma que la señora Ismenia Solano Fuentes cumplía dos horarios, uno desde las «*12 del día,* [...] *hasta las 5 - 6 de la tarde, de lunes a viernes, y otro de 5 de la mañana a 6 de la tarde*» y se encargaba de «*tener arreglado el colegio, barrer, trapear, portería* […]», y los directivos y profesores de la institución eran quienes les impartían órdenes.

Las declarantes señoras Nubia Castillo Barón y Mariluz Vargas Patiño coinciden en señalar que las actividades cumplidas por la demandante de aseo, cafetería y portería en el Liceo Gustavo Matamoros León requerían de su presencia de lunes a viernes de 5:30 a. m. a 5 p. m. y recibía órdenes de la rectora y del director del establecimiento educativo.

Estos testimonios merecen credibilidad, por cuanto relatan la manera en que la demandante ejecutó los servicios para los cuales fue contratada, y en conjunto con los contratos, actas de recibo a satisfacción de bienes y servicios e informes de actividades obrantes en el expediente, permiten evidenciar la concurrencia de los tres elementos propios de una relación de trabajo (subordinación, prestación personal y remuneración); pero, sobre todo, que la demandante prestó la labor en forma subordinada o dependiente respecto del empleador, sujeta a órdenes de la rectora y del director del Liceo Gustavo Matamoros León, sin embargo, cabe anotar que si bien en el proceso no reposa el contrato 433, las citadas actas de recibo a satisfacción de bienes y servicios e informes de actividades demuestran que la prestación personal se ejecutó por el lapso de enero a agosto de 2010 y que pese a que allí no se indique el valor de los honorarios recibidos durante su ejecución (remuneración), ha de entenderse que sí los recibió, al certificar el supervisor que cumplió las obligaciones contractuales, aspectos estos que no cuestionó la entidad.

Ha de destacarse por ello que la valoración de las declaraciones censuradas por la demandada hacen parte de un acervo probatorio, que concuerda en apuntar hacia la configuración de la prestación subordinada de los servicios de la actora a favor del ente acusado, suficiente para desmantelar la figura contractual mediante la cual ella fue vinculada, dadas las características de su servicio desde el 13 de agosto de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2011, salvo las interrupciones acaecidas (1.° de enero de 2005 a 14 de enero de 2010, 1.° de septiembre de 2010, 16 de diciembre de 2010 a 30 de enero de 2011, interregnos en los cuales no hubo ligamen contractual).

En este orden de ideas, se deduce entonces que la demandante cumplió labores primordiales para el funcionamiento del Liceo Gustavo Matamoros León, que aunque no hacen parte del objeto principal encaminado a la formación académica, comportaban un servicio necesario a favor de sus directivos, docentes y estudiantes.

Resulta menester precisar que el desempeño de sus actividades no era autónoma e independiente, como lo aduce la entidad accionada, sino que las desarrollaba conforme al quehacer diario, en armonía con otras dependencias del área administrativa y docente, como normalmente funciona este tipo de labores.

La Corte Constitucional, en un caso similar, en fallo T-889 de 2003[[35]](#footnote-35), señaló:

[…] el desempeño de labores de aseo en virtud de un horario de trabajo diario indica la realización de una actividad personal. […], del desempeño de las funciones asignadas a ellas, se deduce que las trabajadoras, además de cumplir un horario, recibían órdenes directas del personal de la universidad, de donde se deriva la existencia del elemento de la subordinación en la relación de las trabajadoras con la Universidad.

Así las cosas, al presente asunto le es aplicable el principio de«*la primacía de la realidad sobre formalidades*», pues es indudable que la demandante desempeñaba personalmente la labor en un cargo que revestía las características de permanente y necesario para el funcionamiento del establecimiento educativo, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia.

La jurisprudencia de esta sección ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones[[36]](#footnote-36), porque de lo contario se afectan los derechos del trabajador.

Por lo tanto, valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que durante la prestación de los servicios la accionante, recibió órdenes de sus superiores, no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas; además se le exigió cumplir sus labores en los horarios asignados directamente por el ente educativo y ejerció sus funciones en las instalaciones y con los instrumentos, materiales, insumos del Liceo Matamoros León, todo lo cual lleva a concluir que no se trató de una relación de coordinación contractual, sino de una en la que imperó la subordinación.

Cabe anotar que pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior[[37]](#footnote-37).

No obstante lo anterior, resulta oportuno aclarar conforme al material probatorio allegado, en particular, los contratos de prestación de servicios la existencia de la relación laboral tuvo lugar entre el 13 de agosto de 2004 y el 30 de diciembre de 2011, en forma interrumpida, aspecto que no quedó señalado en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, motivo por el cual se modificará en tal sentido.

Otro de los cuestionamientos que postula la actora en su impugnación se contrae a la declaratoria de solución de continuidad en su prestación laboral a favor de la entidad demandada, por considerar que el material probatorio da cuenta de su actividad en beneficio del Liceo Gustavo Matamoros León durante los interregnos en que no mediaba contrato.

Sobre este tipo irregular de vinculación a la función pública, mediante fallo de 5 de mayo de 2016, esta Corporación recogió las consideraciones que ha desarrollado y las planteó en este sentido[[38]](#footnote-38):

Es decir, que para que un particular ostente la calidad de funcionario de hecho deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; (ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente y; (iii) que además de ello las cumpla del mismo modo como lo haría un funcionario público.

También puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones[[39]](#footnote-39).

En atención a lo dicho, lo primero que extraña la Sala es la demostración, con medios de convicción idóneos y suficientes, de la existencia del cargo de servicios generales en la planta del Liceo Gustavo Matamoros León, que podría haberse evidenciado mediante el acto de nombramiento de quien lo ocupara o el acto general con que se fijó la estructura y planta administrativa del organismo convocado.

Sumado a esto, las actas 2 de 3 de enero de 2005, 1 de 2006, 1 de 15 de enero de 2007, 1 de 14 de enero de 2008 y 1 de 5 de enero de 2009 en las que se relaciona el «[…] *personal docente y administrativo*»que se hizo presente para «[…] *dar inicio a las labores correspondientes a cada cargo*» arrimadas con el escrito de apelación y la simple afirmación de las declarantes sobre la existencia del vínculo contractual para dichos períodos, al indicar que la señora Ismenia Solano Fuentes trabajó en el Liceo Gustavo Matamoros León, no conducen a aseverar que la actora hubiese prestado sus servicios durante los lapsos en los que no la vinculaba a la Administración contrato u orden alguna, pues si bien los datos consignados en aquellos documentos se observa que la demandante acudió en esas fechas, impide determinar qué clase de vínculo contractual existió entre las partes, por lo cual se recuerda que, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC), hoy 167 del Código General del Proceso (CGP), le incumbe la carga de la prueba a la accionante.

Por otra parte, en sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016[[40]](#footnote-40), que aunque no se había emitido para la fecha en la que el fallo de primera instancia fue emitido, es la posición jurisprudencial vigente respecto de controversias relativas al reconocimiento de la relación laboral con el Estado (contrato realidad) y el consecuente pago de las prestaciones derivadas de esta, la sección segunda de esta Corporación precisó:

[R]especto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho […].

Con base en la citada jurisprudencia, se tiene que en atención a que la accionante laboró para el Liceo Gustavo Matamoros León por medio de contratos de prestación de servicios del 13 de agosto de 2004 al 30 de diciembre de 2011, con algunas interrupciones, el primero durante el lapso comprendido entre la finalización del 27 de 2004 (30 de diciembre de 2004) y el inicio del 429 de 2009 (31 de diciembre de 2009), entre la culminación de este último (31 de agosto de 2010) y el comienzo del 325 de 2010 (2 de septiembre de 2010) y entre la terminación de este (15 de diciembre de 2010) y el inicio del 203 de 2011 (31 de enero de 2011), dada la fecha en que formuló la respectiva solicitud el 5 de febrero de 2014, las prestaciones sociales que se le reconocerán son las derivadas del contrato 203 de 2011 (incluido su otrosí) vigente desde el 31 de enero hasta el 30 de diciembre del mismo año, pues los anteriores se encuentran prescritos.

Lo anotado comoquiera que no es dable conceder los emolumentos prestacionales derivados de los aludidos contratos con anterioridad al 5 de febrero de 2011, porque fueron pedidos por fuera de los tres años señalados como el término para su prescripción extintiva, por lo que no resulta ajustada a derecho la determinación del *a quo*, consistente en que no ha operado el referido fenómeno, puesto que se debe tener en consideración para su contabilización, no la finalización del último contrato, sino la de cada uno, en razón a que la ocurrencia de los tres elementos de la relación laboral se estudia respecto de la ejecución de cada acto bilateral.

Pese a lo expuesto, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, la entidad accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 13 de agosto de 2004 y el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, durante la ejecución de los mencionados contratos.

En lo concerniente a la pretensión de devolución de los dineros cancelados por concepto de aportes al sistema general de seguridad social, se tiene que solo es procedente tal petición respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud, durante la ejecución del contrato de prestación de servicios 203 de 2011 (incluido su otrosí), ya que frente a los demás, como se anotó en párrafos anteriores, operó la prescripción trienal, lo cual se hace extensivo al deprecado reintegro, toda vez que, de acuerdo con la pluricitada sentencia de unificación, este es un beneficio puramente económico para la demandante.

A pesar de lo dicho, resulta oportuno declarar en este fallo que el tiempo trabajado por la actora bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios durante el período comprendido entre el 13 de agosto de 2004 y el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

En lo atañedero al pago de horas extras de trabajo, esta Sala, en sentencia de 6 de octubre de 2016,[[41]](#footnote-41) después de invocar el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, sobre otros factores que constituyen salario,[[42]](#footnote-42) determinó que «t*al regulación tiene como destinatarios a los empleados públicos, condición de la cual carece el actor y por la que no es posible admitir que estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, lo que excluye la posibilidad de reconocimiento y pago del trabajo suplementario*». Y, además, conforme a la letra b) del artículo 36 del citado Decreto, «*El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse*», lo cual no se demuestra en el proceso. En consecuencia, no es viable acceder a esta petición.

Respecto del reconocimiento del valor de las dotaciones de calzado y vestido de labor, conforme a la Ley 70 de 1988 y el Decreto 1978 de 1989[[43]](#footnote-43), la accionante tiene derecho a que le sean compensadas en dinero, por no estar prescritas, las causadas durante el período comprendido entre el 31 de enero y el 30 de diciembre de 2011 (equivalente a tres dotaciones), por haber devengado una asignación mensual inferior a dos salarios mínimos mensuales vigentes[[44]](#footnote-44).

Por otro lado, la demandante pretende demostrar que la naturaleza de su relación contractual con la empresa Soluciones Hernández SJM EU, de la cual presuntamente fue cooperada o asociada, no se fundó en una vinculación de carácter cooperativo, sino que dicho ligamen fue utilizado para encubrir un nexo de carácter laboral con la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León, por haber prestado a favor de esta las labores de servicios generales a partir de enero de 2012.

Precisa la Sala que no obran en el expediente los convenios de asociación entre la demandante y la cooperativa Soluciones Hernández SJM EU que acrediten su condición de trabajadora cooperada, pues solo se allegó contrato individual de trabajoen el que se denominó «*empleada*» a la demandante y actuó como «*empleador*» la mencionada empresa, en el que se advierte que fue contratada para desempeñar el cargo de «*SERVICIOS GENERALES* […] *en las dependencias o el lugar que la empresa determine*», por lo que es conveniente expresar que si bien entre estas existió una relación jurídica, se rigió por el Código Sustantivo del Trabajo y en el *sub lite* no se demostró con certeza que a través de la cooperativa Soluciones Hernández SJM EU se encubrió el desarrollo de relaciones de labor dependiente, pues, se reitera, no se probó si la actora prestó sus servicios a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León con el fin de atender funciones propias de un tercero beneficiario bajo los tres elementos del contrato de trabajo.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, que accedió a un segmento de las súplicas de la demanda, y se modificará en el sentido de (i) declarar probada de oficio la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados con anterioridad al 5 de febrero de 2011; (ii) declarar que la vinculación laboral entre la actora y el Liceo Gustavo Matamoros León estuvo vigente desde el 13 de agosto de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones; (iii) ordenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros Léon que efectúe los pagos correspondientes a las prestaciones sociales originadas de la aludida relación laboral, en proporción a cada período trabajado, en virtud del contrato de prestación de servicios 203 de 2011 (incluida sus prórroga), debido a que operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás contratos; (iv) tomar (durante el tiempo comprendido del 13 de agosto de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), en la forma atrás señalada; (v) declarar que el lapso laborado por la señora Ismenia Solano Fuentes en servicios generales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros Léon, desde el 13 de agosto de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales; (vi) devolver los dineros cancelados por la accionante en razón a la cuota parte legal que el organismo demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución del precitado contrato; (vii) compensar en dinero las dotaciones de vestido y calzado de labor, entre el 31 de enero y el 30 de diciembre de 2011 (tres dotaciones); y (viii) se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de horas extras de trabajo, conforme a lo expuesto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

1. Confírmase parcialmente la sentencia proferida el 23 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Casanare, que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda incoada por la señora Ismenia Solano Fuentes contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León y Soluciones Hernández SMJ EU, en los términos indicados en la parte motiva.

2. Modifícanse los ordinales cuarto y quinto, de la providencia apelada, en los siguientes términos:

2.1 Declárase de oficio probada la excepción de prescripción de los derechos laborales con anterioridad al 5 de febrero de 2011.

2.2. Declárase que la vinculación laboral entre la señora Ismenia Solano Fuentes y la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León estuvo vigente desde el 13 de agosto de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2011, por haberse desdibujado el carácter contractual de aquella, salvo en los períodos comprendidos del 31 de diciembre de 2004 al 30 de diciembre de 2009, 1.° de agosto de 2010 y del 16 de enero de 2010 al 30 de enero de 2011, interregnos en los cuales hubo interrupción en la prestación de sus servicios.

2.3 Ordénase, a título de restablecimiento del derecho, a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León (i) pagar las prestaciones sociales originadas de la aludida relación laboral, en proporción al período trabajado, en virtud del contrato de prestación de servicios 203 de 2011 (incluido su otrosí), debido a que operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás contratos; (ii) tomar (durante el tiempo comprendido entre el 13 de agosto de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, se deberán tener en cuenta las cotizaciones que realizó la actora al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora; (iii) devolver los dineros cancelados por la accionante en razón a la cuota parte legal que el ente demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución del precitado contrato 203 de 2011 (incluido su otrosí); y (iv) compensar en dinero las dotaciones de vestido y calzado de labor entre el 31 de enero y el 30 de diciembre de 2011 (tres dotaciones).

2.4 Declárase que el tiempo laborado por la señora Ismenia Solano Fuentes a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Liceo Gustavo Matamoros León, desde el 13 de agosto de 2004 hasta el 30 de diciembre de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

2.5. Niégase la pretensión relacionada con el pago de horas extras de trabajo, como se indicó en la motivación.

3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

|  |  |
| --- | --- |
| SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ | CÉSAR PALOMINO CORTÉS |

1. Ff. 412 a 428 cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ff. 434 a 440 cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Según el sello de «*COPIA COTEJADA CON ORIGINAL*» de la empresa de mensajería «*INTERRAPIDISIMO*» que se encuentra en cada una de las hojas del documento. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ff. 391 a 410 cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-4)
5. F. 480 cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, fallo de 27 de abril de 2016, consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, expediente 66001-23-31-000-2012-00241-01 (2525-14), actor: Jairo Giraldo Valencia, demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006**,** que **reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.** [↑](#footnote-ref-7)
8. «*Artículo 7º de la Ley 1233 de 2008****. Ley*** *por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones*». [↑](#footnote-ref-8)
9. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-9)
10. «*Ver, entre otras, las sentencias: T-286 de 2003, T-445 de 2006, T-504 y 962 de 2008, T-484 de 2013, T-531 de 2015*». [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-11)
12. Modificado por el Decreto 3074 del mismo año. [↑](#footnote-ref-12)
13. En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10). [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca. [↑](#footnote-ref-14)
15. Según el sello de «*COPIA COTEJADA CON ORIGINAL*» de la empresa de mensajería «*INTERRAPIDISIMO*» que se encuentra en cada una de las hojas del documento. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ff. 31 a 86. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ff. 25 a 30 [↑](#footnote-ref-17)
18. Ff. 22 a 24. [↑](#footnote-ref-18)
19. Ff. 17 a 21 y 157 a 168. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ff. 15 y 16. [↑](#footnote-ref-20)
21. FF. 149 y 150. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ff. 151 y 152. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ff. 153 a 264 y 1 a 49 del cuaderno 3 de pruebas. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ff. 324 a 337 y CD en el folio 338. [↑](#footnote-ref-24)
25. CD en folio 338, minutos 5:13 a 28:40. [↑](#footnote-ref-25)
26. Ídem, minutos 31:15 a 53:17. [↑](#footnote-ref-26)
27. Ídem minutos 55:16 a 1:03:16. [↑](#footnote-ref-27)
28. Ídem minutos 1:06:30 a 1:23:23. [↑](#footnote-ref-28)
29. Ff. 324 a 337 y CD en el folio 338 [↑](#footnote-ref-29)
30. Ídem minutos 1:28:29 a 1:50:12 [↑](#footnote-ref-30)
31. Ídem minutos 1:58:28 a 2:25:10 [↑](#footnote-ref-31)
32. Minutos 2:29:30 a 2:36:25. [↑](#footnote-ref-32)
33. Por medio de la cual se establece regulaciones frente a los establecimientos educativos de preescolar, básica y media que dependen de las fuerzas militares y de la Policía Nacional [↑](#footnote-ref-33)
34. La Ley 115 de 1994 define la educación formal como «*aquella que se imparte en establecimientos educativos aprobados, en una secuencia regular de ciclos lectivos, con sujeción a pautas curriculares progresivas, y conducente a grados y títulos*», organizada en tres niveles (i) «*El preescolar que comprenderá mínimo un grado obligatorio*»*,* (ii)«*La educación básica con una duración de nueve (9) grados que se desarrollará en dos ciclos: La educación básica primaria de cinco (5) grados y la educación básica secundaria de cuatro (4) grados*» y (iii) «*La educación media con una duración de dos (2) grados*». [↑](#footnote-ref-34)
35. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo, consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez Orozco. [↑](#footnote-ref-36)
37. «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.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

(…)». [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia de 5 de mayo de 2016, expediente 85001-23-31-000-2012-00032-02(2119-14), C. P. William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub Sección A. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01050-01(1943-12). Actor: Bertulio de Jesús Pavas Patiño. [↑](#footnote-ref-39)
40. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 6 de octubre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00091-01(0237-14), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Miguel Ángel Castaño Gallego, demandado: Municipio de Pereira - secretaría de educación. [↑](#footnote-ref-41)
42. Decreto 1042 de 1978, artículo 42. «*Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios*». [↑](#footnote-ref-42)
43. Según los artículos 2 y 3, la entrega de dotación de vestido y calzado los días 30 de los meses de abril, agosto y diciembre, siempre y cuando se hubiera trabajado de manera ininterrumpida tres meses antes de cada suministro. [↑](#footnote-ref-43)
44. Se precisa que la remuneración mensual de la actora para el año 2011 derivadas del contrato 203 del mismo año, corresponde al valor en promedio mensual de $897.000 y el salario mínimo mensual legal vigente era de $535.600. [↑](#footnote-ref-44)