

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN SEGUNDA

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-00105-00

Demandante: Nancy Patricia González Chacón<sup>1</sup>

Demandado: Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON <sup>2</sup>

Tema: Contrato Realidad

Bogotá D.C, 14 de octubre de 2020.

**Sentencia No 54**

Procede el Despacho no evidenciando alguna causal de nulidad procede a dictar de forma escrita SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia, con base en las siguientes:

**CONSIDERACIONES**

**Pretensiones:**

1. Declarar la nulidad del oficio expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Congreso del 27 de julio de 2016, con radicado No.20162000072281, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones solicitadas.
2. A consecuencia de la declaratoria de nulidad y como restablecimiento del derecho, se ordene a Fonprecon el pago de las prestaciones sociales correspondientes a: Vacaciones, Prima de vacaciones, Prima de navidad, Auxilio de cesantías, Intereses a las cesantías, Prima de servicios, Bonificación por servicios, Indemnización por despido injustificado, Intereses moratorios por el no pago de las prestaciones sociales desde la fecha en que se hizo efectivo el retiro del servicio de la demandante hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de las mismas, Devolución de la cuota parte de seguridad social que legalmente le hubiere correspondido cancelar a la entidad como empleador y que debió asumir la demandante desde la fecha del primer contrato hasta que se terminó su vinculación.
3. Que se condene a Fonprecon al pago de los salarios, vacaciones, primas, reajustes y demás emolumentos que la demandante dejó de percibir, desde la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca el pago efectivo de sus prestaciones e indemnizaciones.
- 4.- que se ordene el pago de cualquier derecho prestacional o concepto que puedan resultar extra o ultrapetita.

**Tesis del demandante.**

---

<sup>1</sup> abogados\_rmdt@hotmail.com

<sup>2</sup> notificacionesjudiciales@fonprecon.gov.co o rogelioabogado@outlook.com

Señala que, en reiterada jurisprudencia se ha determinado que la administración, no puede efectuar contratos de prestación de servicios cuando las labores a contratar pueden ser ejecutadas por funcionarios de planta de la entidad ni tampoco para ejercer funciones permanentes, pues prima la realidad sobre la denominación que se le pretenda dar al contrato. Teniendo en cuenta lo anterior afirma que la demandante laboró para Fonprecon desde 2010 a 2016, bajo continua subordinación, teniendo que cumplir un horario establecido por la entidad, tal como lo hacían los de planta, sin embargo, la vinculación de la señora Nancy Patricia González Chacón se hacía mediante contrato de prestación de servicios y, como consecuencia, nunca recibió el pago de prestaciones sociales, debiendo responder por el pago de su seguridad social, es decir, sin el aporte patronal, esto junto con la obligación de cancelar pólizas para poder laborar.

### **Tesis del demandado.**

a (fls.355-382): La demandada argumenta que de acuerdo a la realidad fáctica que demuestra la suscripción de contratos de prestación de servicios entre la señora Nancy Patricia González Chacón y Fonprecon en tanto en la planta de la entidad no existía personal para prestar los servicios de apoyo a la gestión contratada, considerando que éste tipo de contratación se encuentra expresamente autorizado por la ley 80 de 1993, sin que en ningún caso generen relación laboral ni pago de prestaciones sociales. Arguye que la entrega de elementos a los contratistas no implica subordinación sino control en el desarrollo de su gestión, destacando que la demandante nunca desempeñó funciones públicas, sino que ejecutó las obligaciones contractuales conocidas y acordadas.

### **Problema jurídico:**

El litigio se contrae en establecer: El litigio se contrae en establecer: 1.- Si la señora Nancy Patricia González Chacón demostró que en la vinculación que tuvo con el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON desde el 18 de enero de 2010 y hasta el 18 de marzo de 2016, a través de contratos de prestación de servicios, se acreditaron los elementos configurativos de una verdadera relación laboral. 2.- Si en el caso concreto operó la prescripción. 3.- Si la demandante tiene derecho a una indemnización equivalente al pago de prestaciones sociales que devengaban los empleados públicos en cargos similares o equivalentes de FONPRECON, y 4.- La devolución de los dineros correspondientes a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos laborales, que cotizó la demandante en su totalidad, durante todo el tiempo laborado.

### **Solución al problema jurídico.**

Una vez estudiados los cargos, observamos que el Fondo de Previsión Social del Congreso contrató a la demandante Nancy Patricia González Chacón bajo la modalidad de contrato de prestación del servicio, encubriendo una relación laboral, lo que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades conforme con el artículo 53 de la Constitución Política, al desarrollar la labor en condiciones equivalentes al personal de planta, al acreditarse los elementos constitutivos del vínculo laboral, esto es: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación o dependencia; (iii) el pago de una remuneración por la labor prestada y, (iv) la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada.

En consecuencia, al estar acreditada la existencia de la relación de carácter laboral y por ende desvirtuado el vínculo contractual (Ley 80 de 1993, artículo 32.3,) le asiste el derecho a la Nancy Patricia González Chacón, al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y las prestaciones no

devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre 18 de enero de 2010 y 18 de marzo de 2016.

### **Contrato de arrendamiento de servicios y contrato de prestación de servicios**

El contrato de arrendamiento de servicios es una figura consignada en el Código Civil en los artículos 2063 a 2069, en la cual, en palabras del Consejo de Estado se encuentran los antecedentes históricos.

Dicho contrato admitía la prestación del servicio, o bien bajo dependencia o subordinación, mediante un salario, o bien en forma independiente y autónoma, retribuido mediante el pago de honorarios y sin que genere una relación laboral; en el primer caso condujo al contrato de trabajo y en el segundo al contrato de prestación de servicios propiamente dicho<sup>3</sup>.

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 3 definió el contrato de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3°. Contrato de Prestación de Servicios.

“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.”<sup>4</sup>

Como lo ha dicho el Consejo de Estado, dicha normatividad contempló una presunción iuris tantum, al establecer que en ningún caso estos contratos -entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales; considerando el alto Tribunal con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, tanto en ese como en otros pronunciamientos que:

““Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que «... el hecho legalmente presumido se tendrá

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del veinte de agosto de mil novecientos noventa y ocho, Consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN, Radicación número: 1127, Actor: Ministro De Salud, Referencia: Empresas Sociales del Estado. Régimen de contratación. El cargo de Gerente.

<sup>4</sup> Los apartes resaltados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada

por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser iuris et de iure, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

Ahora bien, frente al caso que nos convoca es preciso que la denominada contratista, desvirtúe tal presunción, demostrando que en el respectivo contrato existió el elemento denominado subordinación, lo cual dependiendo de cada análisis en concreto y considerando varios factores, lo convertiría en un contrato laboral.

Lo anterior, debido a que el contratante determina exclusivamente el objeto a desarrollar por la contratista, quien a su vez ejecuta las labores encomendadas con autonomía e independencia, pues en caso contrario, se configura el elemento de la subordinación, propio del contrato laboral, que a su vez tiene implicaciones económicas diversas.

Para probar la existencia de este último, se requiere demostrar de forma incontrovertible además de la actividad personal y la remuneración, que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, la cual es aquella facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.”<sup>5</sup>

### **El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales<sup>6</sup>.**

La realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53<sup>7</sup> de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00627-01(4696-15), Actor: Janeth Smith Fernández Caballero Demandado: E.S.E. Hospital San Juan De Dios De Girón

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, sentencia de febrero cuatro (04) de dos mil dieciséis (2016), Radicado No.050012331000201002195-01, No. Interno: 1149-2015, Actores: Hernán de Jesús Gutiérrez Uribe, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.

<sup>7</sup> **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

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

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público 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.

Además de las exigencias legales citadas, 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. 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.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

### **La sentencia C- 154 de 1997. Definición de los principales elementos del contrato realidad**

Sea lo primero recordar que la Corte Constitucional en la Sentencia C- 154 de 1997, declaró la exequibilidad de la definición del contrato de prestación de servicios contenida en el numeral 3º. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993<sup>8</sup>, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada. En la parte considerativa de la sentencia se establecieron las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral, señalando que los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo son: la prestación personal de los servicios, la remuneración como contraprestación del mismo y la subordinación del trabajador al empleador<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup>Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997. La Corte declaró EXEQUIBLES las expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "en ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales".

<sup>9</sup> El Consejo de Estado, en sentencia del 6 de octubre de 2016, citó la interpretación de la Corte Constitucional sobre este postulado en el cual se afirmó que "no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad [<sup>9</sup>]. De ello se deriva la existencia de lo que ha sido denominado como contrato realidad, "entendido por la Corte como aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma [<sup>9</sup>]. Asimismo, concluyó en esta oportunidad el Consejo de Estado que, con base en la postura de la Corte Constitucional sobre la materia, "independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de octubre de 2016, radicado: 76001-23-31-000-2012-00338-01(2685-15).

Enfatizó la sentencia de la Corte que es el elemento de la subordinación el que constituye la diferencia esencial entre los dos tipos de relación, en contraposición con los altos grados de autonomía e independencia con que cuenta el contratista en el contrato de prestación de servicios<sup>10</sup>, posición jurisprudencial que fue secundada por varios pronunciamientos del Consejo de Estado<sup>11</sup>.

Al carácter distintivo de la subordinación en los contratos de trabajo, la jurisprudencia sumó de manera reiterada el elemento de la temporalidad, pues los contratos de prestación de servicios se celebran únicamente conforme al artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993: “por el tiempo estrictamente necesario”, partiendo de la regla general según la cual la función pública se presta por el personal de planta perteneciente a una entidad estatal y solo de forma excepcional por personal vinculado por contrato de prestación de servicios<sup>12/13</sup>.

### **Postura jurisprudencial actual del Consejo de Estado**

La posición actual del Consejo de Estado, partiendo de la diferenciación hecha por la Corte Constitucional en la Sentencia de Constitucionalidad 154 de 1997, sobre el contrato de prestación de servicios frente al contrato realidad sostiene lo siguiente<sup>14</sup>:

- i. En primer lugar, se superó la tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados, y en su lugar se señaló que cuando se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta el restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el ropaje de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral<sup>15</sup>.
- ii. De igual forma se superó la tesis sobre la no prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, pues antes se consideraba que como su exigibilidad era imposible antes de que se produjera la sentencia que declaraba la existencia de la relación laboral (carácter constitutivo)<sup>16</sup>. Se considera ahora, que si bien es cierto, es desde la sentencia que se hacen exigibles las

---

<sup>10</sup> Ibidem.” b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.// Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios”. (Resalta el Despacho).

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 3 de diciembre de 2007. Radicados.24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447. v.et. Sección Segunda, sentencia del 19 de enero de 2006, radicado: 2.579-05 y sentencia del 7 de septiembre de 2006, radicado: 1.420-01, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado: 4.669-04, y 23 de febrero de 2006, radicado: 3.648-05.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997 “c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (Resalta el Despacho).

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2002.

<sup>14</sup> Síntesis lograda de las consideraciones de la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 27 de abril de 2016, radicado: 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14).

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07; Sentencias de 31 de Julio de 2008; Sentencia de 14 de agosto de 2008.

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06.

prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años<sup>17</sup>.

iii. En cuanto a la configuración de los contratos realidad, se concluyó que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia continuada en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público<sup>18</sup>.

iv. Asimismo, se ha resaltado que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo “onus probandi incumbit actori”, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada<sup>19</sup>.

## **Estado de la cuestión**

Del desarrollo jurisprudencial citado, se entiende que, para comprobar la existencia de una relación laboral, se requiere que el demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es:

(i) Que su actividad en la entidad haya sido personal y que por esta recibió una remuneración o pago. Acreditar que en la relación con el empleador existió subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo u la imposición de reglamentos, subordinación que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

(ii) La parte actora debe demostrar su permanencia en labores inherentes a la entidad.

(iii) Sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral con todas sus implicaciones económicas, esa declaración no otorga la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección en la planta de cargos de la entidad y su correspondiente posesión.

## **Caso concreto –**

Se procede a verificar si se encuentran configurados los tres elementos de la relación laboral, y si hay lugar al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a favor del demandante causadas durante el periodo comprendido entre el 18 de enero de 2010 y el 18 de marzo de 2016.

### **a.- Respecto a la actividad personal que prestó la señora Nancy Patricia González Chacón:**

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13.

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005.

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 17 de agosto de 2011. Expediente No. 1079-09.

Se tiene que la demandante suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios y estuvo vinculada con el Fondo de Previsión Social del Congreso, como administradora de empresas a través de contratos de prestación de servicios, sin que existe solución de continuidad del 18 de enero de 2010 al 18 de marzo de 2016, según certificación suscrita por Carlos Armando Suarez Puentes de la entidad Subdirector Administrativo y Financiero ( E ) de FONPRECON, <sup>20</sup> como fue reconocido al momento de fijar el litigio, así:

Número de contrato	Plazo : Fecha de ingreso	Fecha de terminación
040 de 18 de enero de 2020	18 de enero de 2010	17 de julio de 2010
058 del 22 de julio de 2010	22 de julio de 2010	29 de diciembre de 2010
016 del 7 de enero de 2011	7 de enero de 2011	6 de mayo de 2011
059 del 9 de mayo de 2011	9 de mayo de 2011	8 de septiembre de 2011
104 del 9 de septiembre de 2011	9 de septiembre de 2011	30 de diciembre de 2011
007 del 11 de enero de 2012	11 de enero de 2012	10 de julio de 2012 Adicionado hasta el 9 de octubre de 2012
089 del 17 de octubre de 2012	17 de octubre de 2012	28 de diciembre de 2012
015 del 10 de enero de 2013	10 de enero de 2013	9 de julio de 2013
061 del 11 de julio de 2013	11 de julio de 2013	30 de diciembre de 2013
024 del 13 de enero de 2014	13 de enero de 2014	12 de julio de 2014
116 del 14 de julio de 2014	14 de julio de 2014	30 de diciembre de 2014
017 del 21 de enero de 2015	21 de enero de 2015	20 de octubre de 2015
122 del 26 de octubre de 2015	26 de octubre de 2015	30 de diciembre de 2015
013 de 12 de enero de 2016	12 de enero de 2016	18 de marzo de 2016 Terminación anticipada de mutuo acuerdo

La anterior certificación indica como objeto del contrato, *la prestación de servicios en las actividades propias de la elaboración, liquidación, control y procesamiento de la nómina de pensionados a cargo de FONPRECON, junto con la atención de los derechos de petición y demás actividades relacionadas que la Subdirección de Prestaciones Económicas considere necesarias para la ejecución del presente objeto*  
<sup>21</sup>

De las actividades contratadas con el demandante el último contrato indica las siguientes:<sup>22</sup>

- 1.- *“Elaborar mensualmente dentro del cronograma establecido la nómina de pensionados de Fonprecon y las nóminas adicionales que se requieran.*
- 2.-*Efectuar la liquidación de cada nómina de pensionados que se procese realizando las operaciones correspondientes en el sistema de información Z-BOX, así como la generación de*

<sup>20</sup> Fl 19-34 pdf 2017-105 C1

<sup>21</sup> Fl. 19-34 pdf 2017-105 C1

<sup>22</sup> Fl. 71-76 pdf 2017-105 C1

*archivos y demás actividades relacionadas contenidas en el procedimiento de elaboración y liquidación de nómina de pensionados.*

*3.-Procesar en la nómina de pensionados las novedades a que hay lugar, como son los ingresos, retiros, aumentos, disminuciones, acrecimientos, libranzas, embargos y todas que puedan afectar el monto de las mesadas pensionales o de los pagos accesorios que las mismas generen.*

*4.- Realizar el control de las supervivencias y certificaciones de escolaridad en el procesamiento de la nómina de pensionados.*

*5.- Realizar la liquidación de los retroactivos pensionales a que hay lugar como medida previa de control a la inclusión de nómina de los mismos*

*6.-Responder derechos e petición relacionados con la nómina de pensionados.*

*7.-Presentar los informes de gestión que le sean requeridos.*

*8.- .....*”

Para cumplir el objeto contractual Nancy Patricia González, debía prestar un servicio personal realizando liquidación, procesamiento de la nómina de pensionados, procesamiento de las novedades, libranzas, embargos, ingresos retiros y demás asignadas por la Subdirección de Prestaciones económicas, así lo indicó el demandante en el interrogatorio de parte y lo establece los contratos de prestaciones de servicio suscritos con la entidad.

La prestación del servicio personal se encuentra corroborado por el testimonio recibido por el señor Iván Zúñiga excompañero de trabajó, quien de manera clara indicó que la demandante debía cumplir con las funciones asignadas por su supervisora Nakarith Posada y señaló de manera general las actividades realizadas por la demandante.

#### **b.- Remuneración del servicio prestado:**

No hay discusión frente al requisito de la remuneración, toda vez que la demandante recibió como contraprestación por el servicio prestado los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios.

De las pruebas aportadas obra certificación expedida por el Subdirector Administrativo y Financiero (E), que indica el valor de cada uno de los contratos de prestación de servicios profesionales, certificación de pagos realizados a la demandante, suscrita por la Coordinadora del Grupo de Tesorería de FONPRECON, de fecha 21 de junio de 2019<sup>23</sup>, y copia de los contratos de prestación de servicios<sup>24</sup>, los cuales indican el valor y la forma de pago aclarando que es por mensualidades vencidas.

Tanto el demandante como el testigo Iván Zúñiga, coincidieron en afirmar que los pagos eran consignados mensualmente a sus cuentas personales, previo a la presentación de un informe mensual de actividades.

#### **c.- Frente a la Subordinación y dependencia:**

Obran los siguientes testimonios:

<sup>23</sup> Fl. 19-34 pdf 2017-105 C1 - fl. 184 – 197 pdf 2017- 107 C2

<sup>24</sup> Anexos carpeta 28072020 contratos Nancy González

Testimonio rendido el día 4 de agosto de 2020, bajo juramento por el señor Iván Zúñiga Rodríguez (min 01:00 video 2), quien laboró en la entidad demandada como contratista en diferentes áreas, desde el 2 de diciembre de 1998 hasta 25 de junio de 2012, indica que conoció a la demandante en el Fondo del Congreso a comienzo del año 2010 y, trabajó con ella hasta el mes de junio del año 2012, pero no tenían actividades conjuntas.

Le indicó al despacho las funciones de la demandante de manera general y manifiesta que conocía de su trabajo por que trabajaban en una entidad pequeña.

Aduce, que el horario no estaba escrito, pero cumplían un horario igual a los empleados de planta, de 8 de la mañana a 5 de la tarde, realizaban turnos especiales en semana santa y diciembre. Agregan que tenían tareas asignadas mensualmente y al final presentan un informe del mes para recibir el pago.

Indica que la demandante recibía órdenes y fue testigo de un llamado de atención de su jefe inmediata Nakarith Posada, por demora en la gestión de la nómina en el periodo de cierre esto es 10 días antes de vencido el mes.

el testigo fue claro en narrar cual era el horario en el cual tenía que trabajar la señora Nancy, aclarando que la accionante no podía concertar ese horario sin poder delegar sus funciones, incluso, añade que en algunas oportunidades fue testigo del trabajo extra realizado por la señora Nancy por orden de su jefe inmediata a su vez supervisora Nakarith Posada.

- **Interrogatorio de parte a la actora** (minuto 09:58 Audiencia de pruebas).

La demandante respondió a las preguntas formuladas, informando que se vinculó al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – FONPRECON, mediante contratos de prestación de servicios desde el 18 de enero de 2010 al 18 de marzo de 2016, de manera continua y sin intervalos de tiempo; indica que sus funciones eran liquidación, procesamiento de la nómina de pensionados, el procesamiento de las novedades, libranzas, embargos, ingresos retiros y demás asignadas por la Subdirección de Prestaciones económicas; Agrega que el grupo de nómina estaba conformado por administradores de empresas, y las funciones que se realizaban eran distribuidas por orden de la supervisora Nakarith Posada Romero, quien indicaba que hacer, como hacer, que ingresar y que no ingresar a la nómina, informa que todas las órdenes eran dadas al grupo de nómina a través de correo electrónico, de forma escrita y órdenes verbales(min 15:15 ).

Aduce, que el grupo de nómina estaba integrado por tres personas Olga Patricia Camargo, quien era de planta en carrera, pero no recuerda el nombre del cargo, Juan Pablo Rodríguez que era contratista, y la demandante; Posteriormente, ingresaron otras personas Andrés Felipe y Yesenia, sin recordar sus apellidos. Agrega que la señora Olga Patricia Camargo, quien era de planta en carrera realizaba las mismas funciones de la demandante, porque se rotaban las actividades del mismo cargo. (Minuto 33:46)

Frente al horario indica que trabajó en la entidad por 6 años y dos meses, cumpliendo un horario de 8 am a 5 pm, y horas extras hasta las 9 o 10 de la noche cuando era requerido por la subdirectora, que demás se debía poner el tiempo para tomar los días de semana santa y cinco días de diciembre.

Frente a la asignación mensual indica que le pagaban \$4.500.000, a una cuenta de nómina de Bancolombia, previo a un informe mensual con el visto bueno de la supervisora.

Lo anterior acredita una verdadera subordinación en la prestación del servicio que por la naturaleza misma del cargo de carácter permanente y, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los empleados de planta.

En el plenario también se encuentran los siguientes documentos:

- Informe de gestión de la demandante junto con el soporte de pago de los aportes a seguridad social (fls.82- 180)
- Copia de diplomas de capacitaciones realizadas por Fonprecon (FI 45 pdf 2017- 107 C2)
- Certificación de pagos realizados a la demandante, suscrita por la Coordinadora del Grupo de Tesorería de FONPRECON, en virtud de los contratos de prestación de servicios profesionales suscritos con la entidad de fecha 21 de junio de 2019. (FI 184 – 197 pdf 2017- 107 C2)

**d.- Permanencia en el servicio:**

Se requiere acreditar: a.) Que la labor desarrollada es inherente a la entidad y b.) Que existe similitud o igualdad en las funciones desempeñadas con otros empleados de planta y que la prestación del servicio no fue transitoria.

Respecto a la labor desarrollada, tenemos que el objeto principal del Fondo de Previsión Social del congreso, es el reconocimiento y pago de las pensiones y cesantías de los congresistas, de los empleados del Congreso y del mismo fondo. Los contratos suscritos permiten evidenciar las funciones asignadas que acreditan que la señora Nancy González ejecutaba labores propias del giro ordinario de la demandada, pues estaba encargada de la nómina de pensionados, el procesamiento de las novedades, libranzas, embargos, ingresos, retiros entre otras funciones.

Frente a la similitud o igualdad en las funciones desempeñadas con otros empleados de planta, la demandante prestó sus servicios como administradora de empresas adscrita al área de nómina, ejerciendo funciones similares a la señora Olga Patricia Camargo empleada de planta según su interrogatorio.

Respecto a la transitoriedad, se encuentra demostrado que el demandante prestó sus servicios a través de la suscripción de sucesivos contratos de prestación de servicios desde el 18 de enero de 2010 al 18 de marzo de 2016, esto es, más 6 años de servicios ininterrumpidos, con el ánimo de emplear de manera continua sus oficios, no equiparable con la temporalidad que caracteriza jurídicamente a los contratos de prestación de servicios.

El estudio en conjunto de las pruebas, permiten concluir la falta de autonomía de la demandante para llevar a cabo sus funciones, pues, era supervisada y vigilada por la Subdirectora de Prestaciones Económicas, subordinación caracterizada por el cumplimiento de horarios y funciones como cualquier otro funcionario de planta, permanencia en las instalaciones de la entidad, el ejercicio de sus funciones como contratista por más de seis años pone de presente que la labor ejecutada hacía parte del giro ordinario de la entidad razón por la que, quien debía ejecutar dichas funciones no podía estar vinculado por medio de un contrato de prestación de servicios.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que permite la celebración de contratos de prestación de servicios, no autoriza que las entidades del Estado a través de esta modalidad de vinculación desconozcan el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores.

Como lo ha reiterado, la Corte Constitucional, acudir a esta práctica, no sólo vulneran los derechos de los trabajadores, sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal, y como se ha sostenido, se acreditaron los requisitos de prestación personal del servicio, remuneración, subordinación y continuada dependencia al hospital, encubriendo una verdadera relación laboral, máxime cuando el objeto contractual era inherente a la entidad.

En efecto, se acreditó que existió un contrato de trabajo y no una relación de carácter comercial o contractual, conclusión que resultó de las funciones, la jornada laboral, el cumplimiento de los requisitos de la relación laboral, así como el ejercicio de subordinación por parte del supervisor de la demandante, situación que generó la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política, al desarrollar la demandante la labor de administradora de empresas como contratista en condiciones equivalentes al personal de planta la aptitud de permanencia en el ejercicio de las funciones contratadas y, la circunstancias de que las funciones ejecutadas hacen parte del giro ordinario de la entidad en donde se prestaba el servicio pero sin las garantías laborales y prestaciones sociales a que sí tenía derecho quien desempeñaba este cargo en carrera administrativa.

En consecuencia, deberá declararse la nulidad del acto administrativo acusado que negó la declaratoria de una relación laboral y por consiguiente el pago de los emolumentos salariales y prestacionales que nacen a la vida jurídica junto con esta.

Por consiguiente, habrá de declararse imprósperas las excepciones de fondo Inexistencia de una relación laboral, Inexistencia de la obligación, Pago, Falta de legitimación en la causa en relación con el pago de aportes al sistema general de seguridad social a favor de la demandante al ser evidente la legitimidad de las pretensiones de la actora.

### **¿Segundo problema jurídico: opera el fenómeno jurídico de la prescripción?**

#### **Prescripción en materia de contrato realidad<sup>25</sup>**

La prescripción es la acción o efecto de «adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley "o en otra acepción" como concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo»<sup>26</sup>.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>27</sup>, al

<sup>25</sup> Sentencia SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 50001-23-33-000-2010-00606-01(1586-16) Actor: MARCELA DEL PILAR ROMERO TRUJILLO

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016, actor: Lucinda María Cordero Causil. Número interno: 0085-2015.

estudiar este fenómeno jurídico en la órbita del contrato realidad, consideró que: «[...] la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendiente entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este [...] y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado».

En la providencia en mención se definieron las reglas que en esta materia deberán atenderse para efectos de analizar el fenómeno prescriptivo en esta clase de asuntos:

i.- El estudio de la prescripción es posterior al de la existencia de la relación laboral: El juez solo podrá estudiar dentro de la sentencia, el fenómeno jurídico de la prescripción en cada caso, una vez analizada y demostrada la existencia de la relación laboral entre las partes.

ii.- Prescripción frente a las prestaciones sociales.

1.- Prestaciones sociales. La prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, interpretados en armonía con el artículo 12 del Convenio 95 de la OIT y los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, progresividad, prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos al trabajo en condiciones dignas, tal como lo sostuvo esta sección en la referida sentencia, se contabilizará a partir de la terminación del vínculo contractual.

Así pues, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, supera los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar las prestaciones que de ella se derivan, en aplicación del principio de la «primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales» de que trata el artículo 53 Constitucional, perderá su oportunidad de obtenerlas, ya que dicha inactividad o tardanza será traducida en desinterés, el cual no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Empero, precisó que, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un periodo determinado y que la ejecución entre uno y otro tenga un lapso de interrupción, habrá de analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización, por cuanto uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. En este sentido, le corresponde al juez analizar si existió o no la referida interrupción, la cual será excluida del reconocimiento y estudiada en cada caso particular, con el fin de proteger los derechos de los empleados, a quienes se les han desconocido sus derechos bajo la figura de los contratos de prestación de servicios.

2.- Aportes a pensión. En la citada providencia se determinó que este fenómeno jurídico no sería aplicable frente a los aportes para pensión, «en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales», por lo tanto, aun cuando los derechos salariales estén prescritos, por no haber sido

reclamados dentro de los 3 años en que se hicieron exigibles, procederá el reconocimiento de los valores que debieron ser aportados para efectos de pensión.

No obstante, lo anterior no supone la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por este concepto, efectuados por el contratista, por cuanto ello representa un beneficio económico para él, que en nada influye en el derecho pensional, que es realmente el que se pretende proteger.

Asimismo, resaltó que en atención a que el derecho a una pensión afecta la calidad de vida del individuo que prestó sus servicios al Estado, el juez contencioso administrativo deberá estudiar en todas las demandas en las que se reconozca la existencia del contrato realidad, lo correspondiente a las cotizaciones debidas por la administración al Sistema de Seguridad Social en pensiones, aunque no se haya solicitado expresamente por el interesado, pues si bien la justicia contenciosa es rogada, lo cierto es que este precepto debe ceder ante postulados de carácter constitucional tales como la vida en condiciones dignas y la irrenunciabilidad a la seguridad social.

De igual forma, sostuvo que las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema de seguridad social, derivados de la declaratoria de la existencia de la relación laboral, por su carácter de imprescriptibles y de naturaleza periódica, están exceptuadas de la caducidad.

Caso concreto. Revisadas las pruebas documentales aplicando la sentencia unificada del Consejo de Estado, se tiene que no hubo interrupción en los contratos de arrendamiento y de prestación de servicios, no configurándose el fenómeno de la prescripción, en razón a la reclamación presentada el día 5 de julio de 2016 y la terminación del vínculo contractual el día 18 de marzo de 2016.

**¿Tercer problema jurídico: el demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados del Fondo de Previsión Social del congreso?**

### **Indemnización derivada de la existencia de la relación laboral**

La consecuencia de probar la existencia de la relación laboral es el reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral

Es preciso indicar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, por ende, el restablecimiento del derecho se ordena a título de indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir.

Al respecto, el Consejo de Estado en providencia de 2014, señaló cuáles son las prestaciones sociales que deberán reconocerse, así:

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

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

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

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

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

[...]Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. [...]»<sup>28</sup> (Negrillas del texto original).

Posteriormente, en la sentencia de unificación ya citada, respecto de los aportes a pensión, consideró que: «[...] la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le corresponda como empleador [...] la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumba como trabajadora».

Lo anterior significa, que la entidad demandada para efectos del reconocimiento de estos aportes, deberá tener en cuenta el ingreso base de cotización, durante todo el tiempo laborado, esto es, el periodo durante el cual se desarrollaron los órdenes de prestación de servicios, salvo sus interrupciones, y verificar mes a mes los aportes efectuados por el trabajador, para así cotizar al respectivo fondo de pensiones lo que le compete como empleador, si es del caso. A su vez a la accionante le corresponde acreditar dichos aportes durante el tiempo de la vinculación y en caso de no haberse realizado o si existiere diferencia sobre los mismos, pagar o completar el porcentaje a su cargo.

Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado al considerar:

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 18 de septiembre de 2014, Expediente: 68001-23-33-000-2013-00161-01 (0739-2014)  
Actor: Elkin Hernández Abreo

“De otra parte, en lo concerniente a la nivelación de los honorarios de la accionante, señala la Sala que en las controversias de contrato realidad cuando se declara la existencia de la relación laboral, hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar pero liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, puesto que, la relación laboral que se reconoce deviene de los contratos estatales pactados pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de la relación laboral, de tal manera que, el valor pactado en cada contrato constituye el parámetro objetivo para la liquidación de las prestaciones a que tiene derecho sin que haya lugar a que se modifique el contenido clausular referido al valor del contrato de prestación de servicios.”<sup>29</sup>

Con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado aplicable al presente asunto, se ordenará a la entidad demandada pagar a título de indemnización, a favor del demandante lo siguiente:

1.- El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados del Fondo de Previsión Social del Congreso en el periodo de 18 de enero de 2010 al 18 de marzo de 2016, tomando como base de liquidación el valor contratado con la demandante y realizar los descuentos de ley

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar el Fondo de Previsión Social del Congreso como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social entre el 18 de enero de 2010 al 18 de marzo de 2016, tomando como base de liquidación el valor contratado, pues en este punto no operan los fenómenos jurídicos de caducidad de la acción y de prescripción cuando se presente la reclamación de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, como quiera que redundan en garantías de orden público imprescriptibles, por mandato de la Constitución y la ley y, debido a que el juez contencioso tiene el deber de pronunciarse sobre el particular a efectos de efectivizar los derechos del trabajador.

Para tales efectos, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Del mismo modo el Fondo de Previsión Social del Congreso deberá devolver los dineros que haya cancelado el demandante 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 de los contratos suscritos entre el interregno de tiempo reconocido.

Las demás pretensiones se negarán con fundamento en lo siguiente:

1.- Indemnizaciones:

En cuanto a la indemnización, como solicitó el actor en su escrito de demanda, se dirá que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y, adicional a ello, debe decirse, que la relación -que por virtud

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16), Actor: Yunived Castro Henao, Demandado: E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca

del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es de índole laboral-, con la entidad demandada terminó, por voluntad de las partes al finiquitar el término contractual

2- Indemnización moratoria: Las cesantías como prestación social de carácter especial, constituyen un ahorro forzoso de los empleados para auxilio en caso de quedar cesantes. Este emolumento se encuentra regulado por las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, las cuales prevén que el empleador deberá liquidarlo al 31 de diciembre de cada año por anualidad o fracción, y consignarla antes del 15 de febrero del año siguiente a que se causó, en cuenta individual a nombre del empleado en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Así mismo, se dispuso que en caso de que la entidad empleadora las consignara de forma extemporánea, habría lugar al reconocimiento de una sanción moratoria favor del trabajador, así:

«Artículo 99. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

[...]

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

[...]» (Se subraya)

De modo que si el empleador consigna las cesantías anuales con posterioridad al 15 de febrero del año siguiente al que se causaron, deberá reconocer y pagar a favor del asalariado sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retardo.

No es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor de la demandante porque la obligación del pago de las cesantías se constituye a partir de esta sentencia razón por la que no se den los presupuestos legales para su reconocimiento

3. En lo referente al pago de los valores correspondientes a retención en la fuente ha dicho el Consejo de Estado qué en casos como el presente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se discuten temas laborales no es el medio adecuado para ello, por lo tanto, en atención a este criterio, la devolución de los dineros deducidos por conceptos tributarios no es procedente<sup>30</sup>.

4.- Asimismo, es improcedente en estos casos condenar a la parte demandada al pago por el valor de la póliza única de cumplimiento que el demandante debió comprar para garantizar el contrato suscrito toda vez que el restablecimiento del derecho consecuencia de la declaración de una relación laboral lleva implícito el reconocimiento de prestaciones sociales dejadas de percibir, pero no el pago de valores proporcionados en acatamiento a las obligaciones contraídas en la celebración de contratos de prestación de servicios.

---

<sup>30</sup> Sentencia de 13 de junio de 2013, Exp. 0042-13 Demandante: Alejandro Gómez Rodríguez, Demandado: Hospital San Fernando de Ama ESE, CP: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 6 de octubre de 2016, Exp. No. 1773-15, Demandante: Jhon Gerardo Giraldo Rubio, CP: William Hernández Gómez.

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor conforme a lo dispuesto en el CPACA artículo 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda<sup>31</sup> :  $R = Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ <sup>32</sup>

Finalmente, el despacho no impondrá costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto con lo previsto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, por no encontrar probados gastos que la sustenten.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

PRIMERO. - Declarar la nulidad del Oficio 27 de julio de 2016 radicado 20162000072281, suscrito por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - FONPRECON que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones solicitadas, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - Declárese la existencia de la relación laboral entre el FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO y la señora NANCY PATRICIA GONZALEZ CHACON, durante el período comprendido entre el 18 de enero de 2010 al 18 de marzo de 2016.

TERCERO.- Condénese al FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO ,a pagar a título de indemnización a favor de la señora NANCY PATRICIA GONZALEZ CHACON, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO., durante el período comprendido entre el 18 de enero de 2010 al 18 de marzo de 2016 tomando como base de liquidación el valor contratado y, el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, 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 sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el actor 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 trabajador.

Devolver los dineros que haya cancelado el demandante 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 de los contratos suscritos tal como quedó explicado en la parte motiva de la sentencia.

---

<sup>31</sup> Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

<sup>32</sup> En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.

CUARTO. – Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor conforme a lo dispuesto en el CPACA artículo 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda<sup>33</sup> :  $R = Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ <sup>34</sup>

QUINTO. - Denegar las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

SEXTO. - Se ordena el cumplimiento de la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del CPACA.

SEPTIMO. - SIN COSTAS en esta instancia

OCTAVO. - Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNIQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). expídase copia de conformidad con lo normado en el numeral 2º del artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez

Firmado Por:

**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
**JUEZ CIRCUITO**  
**JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3cfee2b919a625ce24139d1f252c29bd082e4723799f0545a3ab374ff4352257**  
Documento generado en 14/10/2020 06:48:51 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

<sup>33</sup> Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

<sup>34</sup> En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.