



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

**Sentencia No 9**

Bogotá D.C., 12 de junio de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2015-00705-00

Demandante: CLAUDIA PATRICIA PIMIENTO BUITRAGO

Demandado: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en representación del extinto DAS

**Tema:** CONTRATO REALIDAD

Procede el Despacho, agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación 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:

**Pretensiones**

1.- Declarar la nulidad del oficio 20151050049031 del 20 de mayo de 2015, por la cual se niega, entre otras, la solicitud de reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

2.- Que se declare que entre el DAS y la demandante existió una relación laboral desde el 14 de junio de 2011 hasta el 4 de junio de 2013

3.- Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y previa declaratoria de la existencia del contrato de trabajo realidad en el periodo comprendido entre el 14 de junio de 2011 hasta el 4 de junio de 2013 al reconocimiento y pago de las siguientes sumas:

a.- prestaciones sociales comunes, vacaciones, dotaciones, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a salud y pensión, caja de compensación, riesgos profesionales, primas legales y extralegales, horas extras y trabajo suplementario, reembolso de dineros por pólizas de cumplimiento e indemnizaciones a que hubiere lugar

b.- prestaciones legales del régimen especial del decreto 1933 de 1989 como la prima anual equivalente a 1 salario por año de servicio, cesantías e intereses de cesantías conforme el artículo 18, prima de vacaciones 20 días de salario por cada año de servicio art. 9 y 17, vacaciones 20 días del artículo 27 del decreto 246 de 1989 y art. 8 del decreto 1933 de 1989, prima de orden público 10% de la asignación básica artículo 2, prima de clima equivalente al 10% de la asignación básica por cada año artículo 3, prima de riesgo 10% de la asignación básica, prima de instalación artículo 5, dotación art. 13 y prima de navidad artículo 16.

c.- Reembolso de dineros que canceló por concepto de pensión y salud

d.- pago de la sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías

e.- el pago indexado de las sumas de dinero adeudadas.

f. perjuicios morales por 100 salarios mínimos legales mensuales

4.- Pago de las costas e intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia.

**Tesis del demandante.**

El accionante laboró por casi dos años para el DAS en supresión de manera constante e ininterrumpida como secretaria administrativa. Durante toda su vinculación el demandante prestó sus servicios de manera personal y presencial. Cumplió un horario. La demandante desempeñó su cargo en forma subordinada recibiendo órdenes de sus jefes inmediatos; su pago era mensual.

Contratar a través de prestación de servicios cuando en realidad la relación se rige bajo los parámetros de la subordinación y dependencia, es un acto reprochable, abusivo y abiertamente lesivo a los derechos del trabajador para evitar el pago de acreencias laborales y prestaciones sociales a costa de contrariar los principios constitucionales y de orden legal

### **Tesis del demandado.**

La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones, en vista que el accionante ejecutó labores como contratista.

Subraya que, los contratos de prestación de servicios, revistieron toda legalidad, fueron firmados y ejecutados bajo la voluntad del accionante, no pudiéndose inferir que los mismos fueron "infundados" o "hipotéticos".

El cumplimiento de las actividades desempeñadas por la accionante se efectuó bajo lo preceptuado en los contratos de prestación de servicios y la subordinación no puede ser confundida con la coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato y referente al cumplimiento del horario de trabajo dicho cumplimiento no constituye subordinación cuando del análisis de los otros medios de prueba se demuestre el carácter independiente y autónomo de la prestación de los servicios personales.

No obstante, resalta la falta de capacidad material de la agencia nacional y del patrimonio autónomo del extinto DAS

**Problema jurídico:** El litigio se contrae en establecer si es procedente: 1.- legitimidad en la causa por pasiva 2.- La nulidad del acto administrativo demandado por violación de norma superior y con ocasión a ello 3.- Si se ha demostrado que en la vinculación que tuvo la señora CLAUDIA PATRICIA PIMIENTO BUITRAGO con el DAS en proceso de supresión desde el 14 de junio de 2011 hasta el 4 de junio de 2013 a través de contratos de prestación de servicios, se acreditaron los elementos configurativos de una verdadera relación laboral. 4.- Si en el caso concreto operó la prescripción, y 5.- Si la demandante tiene derecho a título de restablecimiento del derecho al pago de salarios y prestaciones sociales solicitados con la demanda.

**Solución al problema jurídico.** Una vez estudiados los cargos, observamos que el DAS en supresión contrató a la demandante 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 de manera i) personal (ii) subordinada (iii) recibiendo un pago o remuneración por la labor prestada y, (iv) la vocación de permanencia en el ejercicio hasta la liquidación de la entidad.

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 señora CLAUDIA PATRICIA PIMIENTO BUITRAGO al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados desde el 14 de junio de 2011 hasta el 4 de junio de 2013

### **La liquidación del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS y las entidades que lo sustituyeron**

Los literales a) y d) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, en concordancia con el párrafo 3° del mismo artículo, otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República, quien mediante Decreto-Ley 4057 de 2012, dispuso la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), creado mediante el Decreto 1717 de 1960.

Las funciones que desempeñaba el DAS, fueron trasladadas a las siguientes entidades:

1 Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones

2 El Decreto-Ley 4057 de 2011 señaló que el proceso de supresión debería adelantarse en un término de dos años, el cual podría ser adicionado por un año más. Posteriormente, mediante el Decreto número 2404 de 2013 se prorrogó hasta el 27 de junio de 2014, el plazo previsto en el artículo 1° del Decreto-Ley 4057 de 2011 para la supresión del DAS. Finalmente, mediante Decreto número 1180 del 27 de junio de 2014, se prorrogó el proceso de supresión del DAS, hasta el 11 de julio de 2014

Decreto Ley 4057 de 2011:

(...)

**ARTÍCULO 3o. TRASLADO DE FUNCIONES.** Las funciones que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2o, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así:

3.1 Las funciones de control migratorio de nacionales y extranjeros y los registros de identificación de extranjeros de que trata el numeral 10 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 y las demás disposiciones sobre la materia, se trasladan a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, que se creará en decreto separado.

3.2 La función comprendida en el numeral 11 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Fiscalía General de la Nación en armonía con lo dispuesto en el artículo 251 de la Constitución Política.

3.3 La función comprendida en el numeral 12 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada al Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional.

Una vez culminado el proceso de incorporación de los servidores del DAS necesarios para la prestación del servicio a la planta de personal del Ministerio de Defensa Policía Nacional, así como el traslado de los elementos, bienes y equipos, las autoridades judiciales continuarán remitiendo los informes y avisos necesarios para que el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional mantenga actualizados los registros delictivos y de identificación de nacionales y expida los certificados judiciales. Para el efecto, se suscribirá un acta de inicio por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión y el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el traslado se comunicará a la comunidad en general y a las autoridades correspondientes.

El Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional garantizará que la información contenida en las bases de datos mantenga los niveles de seguridad requeridos de acuerdo a su naturaleza.

Igualmente, en desarrollo de esta función el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional deberá garantizar el acceso y consulta a la información en línea a la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades que ejerzan funciones de Policía Judicial y autoridades administrativas que en razón a sus funciones y competencias lo requieran; los titulares de los datos tendrán acceso a la información correspondiente a su certificado Judicial en los mismos términos y condiciones señalados en las normas vigentes.

3.4 La función comprendida en el numeral 14 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004, en el Decreto 1700 de 2010 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección que se creará en decreto separado.

**PARÁGRAFO.** Las entidades receptoras de las funciones sustituirán al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en los comités, juntas y demás instancias en los cuales participa y asiste, a la entrada en vigencia del presente decreto

El artículo 18 del Decreto-Ley 4057 de 2011 dispuso que los procesos judiciales y demás reclamaciones en curso en los que fueran parte el DAS o el Fondo Rotatorio del DAS, al cierre de la supresión de esta entidad, serían entregados a las entidades de la Rama Ejecutiva que asumieran las funciones del DAS, de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal. En consecuencia la norma contempló:

“**ARTÍCULO 18. ATENCIÓN DE PROCESOS JUDICIALES Y DE COBRO COACTIVO.** Los procesos judiciales, reclamaciones de carácter administrativo, laboral, contractual y de cobro coactivo en los que sea parte el DAS y/o su Fondo Rotatorio quedarán a su cargo hasta la culminación del proceso de supresión. Al cierre de la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) los procesos y

demás reclamaciones en curso serán entregados a las entidades de la Rama Ejecutiva que hayan asumido las funciones de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

Si la función no fue asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva el Gobierno Nacional determinará la entidad de esta Rama que los asumirá.

PARÁGRAFO. Para los efectos de notificaciones judiciales que surjan posterior a la vigencia del presente Decreto, se señala como domicilio único la ciudad de Bogotá D. C.

En este orden de ideas y en desarrollo del citado inciso tercero del artículo 18 del Decreto Ley 4057 de 2011, según el cual, —si la función no fue asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva el Gobierno Nacional determinará la entidad de esta Rama que los asumirá, el Congreso de la República expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, mediante la Ley 1753 de 2015, en cuyo artículo 238 de la Ley 1753 de 2015 autorizó —la creación de un patrimonio autónomo administrado por Fiduciaria La Previsora S.A. con quien el Ministerio de Hacienda y Crédito Público suscribió el contrato de fiducia mercantil respectivo”. La norma dispuso:

**“ARTÍCULO 238. ATENCIÓN DE PROCESOS JUDICIALES Y RECLAMACIONES ADMINISTRATIVAS DEL EXTINTO DAS Y CONSTITUCIÓN DE FIDUCIA MERCANTIL.**

Para efecto de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 18 del Decreto ley 4057 de 2011 y 7o y 9o del Decreto número 1303 de 2014, autorícese la creación de un patrimonio autónomo administrado por Fiduciaria La Previsora S.A. con quien el Ministerio de Hacienda y Crédito Público suscribirá el contrato de fiducia mercantil respectivo.

Para todos los efectos legales la representación de dicho patrimonio autónomo la llevará la sociedad fiduciaria, quien se encargará de la atención de los procesos judiciales, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio, y que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención.

Los recursos serán invertidos observando los criterios de seguridad, solidez y rentabilidad de acuerdo con lo que para el efecto se establezca en el contrato de fiducia mercantil.

A efectos de cumplir con lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Fiduprevisora S.A. suscribieron el contrato de fiducia mercantil No. 6.001-2016, en el cual contemplaron:

“Constitución de un patrimonio autónomo para la atención de los procesos judiciales, pago de sentencias, reclamaciones administrativas, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto Departamento Administrativo de Seguridad –D.A.S. y/o su Fondo Rotatorio, que no guarden relación con funciones trasladadas a entidades receptoras de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal, o que por cualquier razón carezcan de autoridad administrativa responsable para su atención, en cumplimiento del artículo 238 de la Ley 1753 de 2015 —Plan Nacional de Desarrollo 2014/2018

Posteriormente fue promulgado el Decreto 108 de 2016, por el cual el Presidente de la República dispuso:

“Artículo 1°. Asignación de procesos. Asígnanse a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, con el fin de que sean atendidos y pagados con cargo al patrimonio autónomo cuya creación fue autorizada por el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, los procesos judiciales entregados a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) o su Fondo Rotatorio, en los casos en que la Fiscalía sea excluida como parte procesal por decisión del juez de conocimiento

En el caso concreto la demandante fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios por el DAS en supresión y la reclamación del pago de prestaciones fue también conocida por DAS en supresión pero no contestada razón por la que se aplica el artículo 18 del decreto 4057 de 2011 que señala al cierre

de la supresión del departamento administrativo de seguridad DAS los procesos y demás reclamaciones en curso serán entregados a las entidades de la rama ejecutiva que hayan asumido las funciones de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal (..)

El inciso segundo del artículo 238 de la ley 1753 de 2015 del plan nacional de desarrollo 2014-2018 dispuso: art. 238 ATENCIÓN DE PROCESOS JUDICIALES Y RECLAMACIONES ADMINISTRATIVAS DEL EXTINTO DAS Y CONSTITUCION DE FIDUCIA MERCANTIL. Para efecto de dar cumplimiento a lo previsto en los artículo 18 del decreto ley 4057 de 2011 y 7 y 9 del decreto 1303 de 2014, autorícese la creación de un patrimonio autónomo administrado por la Fiduciaria la Previsora SA con quien el Ministerio de Hacienda y Credito Publico suscribirá el contrato de fiducia mercantil respectivo.

Para todos los efectos legales la representación de dicho patrimonio autónomo la llevara la sociedad fiduciaria, quien se encargará de la atención de los procesos judicial, reclamaciones administrativa, laborales o contractuales en los cuales sea parte o destinatario el extinto DAS o su fondo rotatorio y que no guardan relación con funciones trasladadas a entidades receptoras, de esta manera se encuentra probado la legitimación en la causa por pasiva de la demandada en representación del extinto DAS

### **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 dichos<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 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

<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

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 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

<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.

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>. desde el 14 de junio de 2011 hasta el 4 de junio de 2013

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**

<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 [9]. 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 [9]. 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).

<sup>10</sup> Ibídem.” 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 atendi das 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.

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 desvirtúe 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 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>.

### **El caso de la prestación de servicios en las empresas prestadoras de salud**

Respecto a la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, la Corte Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades<sup>20</sup>.

En la jurisprudencia citada, se precisó que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud, solo podrá llevarse a cabo en los siguientes eventos:

- (i) Que no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad
- (ii) Se contratan cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o,

<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.

<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.

<sup>20</sup> . Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 2012.

(iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.<sup>21/22</sup>

Ahora bien, para estos asuntos el Consejo de Estado ha reiterado también en relación con el elemento de la subordinación, que pese a la autonomía e independencia que conlleva la aplicación de sus conocimientos científicos, no se puede descartar de plano la existencia de una relación de subordinación y dependencia, “en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos”<sup>23</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 encuentran configurados los tres elementos de la relación laboral, razón por la cual el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales causadas durante el periodo comprendido entre el 14 de junio de 2011 hasta el 4 de junio de 2013.

#### **a.- Prestación personal del servicio:**

La demandante estuvo vinculada con el departamento administrativo de seguridad en procesos de supresión como secretaria administrativa a través de contratos de prestación de servicios, sin que exista solución de continuidad del 14 de junio de 2011 hasta el 4 de junio de 2013, conforme con los certificados visibles a folios 9-12 y, los contratos celebrados con la entidad que se encuentran a folio 13-22 y fueron ejecutados a plena satisfacción del contratante

Según las certificaciones expedidas por la subdirectora de talento humano la demandante fue contratada para organización del archivo de historias laborales, levantamiento de inventarios, actualización y verificación de bases de datos del sistema KACTUS del DAS del 22 de junio al 27 de diciembre de 2011; apoyar la gestión de la Subdirección de Talento Humano del 28 de diciembre de 2011 al 4 de junio de 2013, en el registro y control, nómina, bonos pensionales, oficina de abogados, selección e incorporación, entre otros.

Para cumplir el objeto contractual Claudia Patricia Pimiento Buitrago debía prestar un servicio personal como secretaria, tal como lo ponen de presente los testimonios recibidos dentro del proceso, funciones asignadas conforme con los planes de acción determinados por la Subdirección de Talento Humano.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 2 de junio de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00043-01(2496-14).

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 28 de enero de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-03195-01(0782-08). En igual sentido sentencia del 11 de junio de 2009, radicación No. 0081-08.

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

Referente a este requisito de acuerdo con la certificaciones expedidas por la subdirectora de Talento Humano el pago mensual cancelado era por \$1300.000 mensuales folio 9 y a partir del 28 de diciembre de 2011 la suma de \$2'500.000 mensuales y, según con los contratos se pactó una contra prestación económica por los servicios prestados de manera personal con la demandante.

**c.- Subordinación y dependencia:**

Los (2) testimonios dan cuenta del cargo desempeñado, la subordinación de la demandante en las funciones desempeñadas, el cumplimiento del horario de trabajo, los llamados de atención en el ejercicio de sus funciones, poniendo de presente la falta de autonomía para determinar las circunstancias de tiempo modo y lugar para realizar las actividades contratadas

Las certificaciones visibles a folios 9-12 señalan las funciones, esto es organización del archivo de historias laborales, levantamiento de inventarios, actualización y verificación de bases de datos del sistema KACTUS del DAS, apoyo de la gestión de la Subdirección de Talento Humano como registro y control, nómina, bonos pensionales, oficina de abogados, selección e incorporación, entre otros, corroboran el trabajo personal, la subordinación y dependencia de la demandante

Conforme a los 2 testimonios recepcionados para el desarrollo del objeto contractual las actividades de la contratista exigían cumplir las órdenes, criterios e instrucciones de los superiores designados.

De esta forma se encuentra demostrado que el DAS en supección era quien imponía la programación de la prestación del servicio y la suscripción continua de los contratos entre el 22 de junio de 2011 al 5 de julio de 2013 evidencia la necesidad requerida por la entidad demandada

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

La suscripción continua de los contratos entre el 22 de junio de 2011 al 4 de junio de 2013 evidencian la necesidad requerida por la entidad del cargo desempeñado por la demandante.

En lo que se refiere a la transitoriedad, se encuentra demostrado que prestó sus servicios a través de la suscripción sucesiva de contratos de prestación de servicios esto es, 1 año 11 meses 12 días no equiparable con la temporalidad que caracteriza jurídicamente a los contratos de prestación de servicios.

El DAS en liquidación contrató a la demandante encubriendo una relación laboral a pesar de la necesidad del servicio, en este caso, en el personal administrativo que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades del artículo 53 de la Constitución Política; es irrefutable el hecho de que la ejecución del objeto contractual no se hizo de manera independiente y autónoma como corresponde a una relación de carácter contractual soportada en la autonomía de la voluntad, sino que se trató de una relación en la que la labor asignada se cumplió bajo los condicionamientos fijados por la entidad, de acuerdo con las necesidades del servicio, asimilando dicha relación a una de carácter laboral.

La excepción prevista en 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 desconozca 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.

Las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración – como la cumplida por el demandante- y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como lo ha reiterado, la Corte Constitucional, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que la 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. En consecuencia, a los contratistas de prestación de servicios que logren demostrar que en realidad en su vinculación con una entidad, se configuraron los tres elementos propios de la relación laboral, se les debe reconocer y pagar los mismos emolumentos que perciben los

servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato administrativo.

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

#### Prescripción en materia de contrato realidad<sup>24</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>25</sup>.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>26</sup> al 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.

<sup>24</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>25</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>26</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016, actor: Lucinda María Cordero Causil. Número interno: 0085-2015.

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 del 13 de mayo de 2015 fue presentada a los 2 años de terminada la relación laboral.

### **¿Tercer problema jurídico: el demandante tiene derecho a una indemnización?**

#### **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>27</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 las 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:

“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>28</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 legales en el periodo de 14 de junio de 2011 al 4 de junio de 2013 tomando como base de liquidación el valor contratado con la demandante.

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar DAS en liquidación como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social entre 14 de junio de 2011 al 4 de junio de 2013, tomando como base de liquidación el valor contratado.<sup>29</sup>

<sup>27</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

<sup>28</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

<sup>29</sup> 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, comoquiera 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.

Las demás pretensiones se negarán con fundamento en lo siguiente:

1.- 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 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

Por no evidenciar temeridad o mala fe las actuaciones desplegadas por la entidad y no probarse el valor en esa instancia de las agencias en derecho no se condenará en costas.

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 No.2015050049031 del 20 de mayo de 2015 de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en representación del extinto DAS por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - Condénese a la la Agencia Nacional Jurídica del Estado en representación del extinto DAS a pagar a título de indemnización a favor de CLAUDIA PATRICIA PIMIENTO BUITRAGO identificada con la cédula de ciudadanía 52.160.005 el equivalente a las prestaciones sociales legales por el tiempo laborado, tomando como base el valor pactado en los contratos celebrados.

TERCERO. - Ordénese a la demandada cotizar en el respectivo fondo de pensiones el porcentaje que le correspondía como empleador del 14 de junio de 2011 al 4 de junio de 2013, tomando como base de liquidación el valor contratado

El demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos 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.

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>30</sup>:  $R = Rh \times \text{ÍNDICE FINAL} / \text{ÍNDICE INICIAL}$ <sup>31</sup>

QUINTO. - negar 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 en el CPACA y pagar a la demandante los intereses moratorios que se causen sobre las sumas a su favor a partir de su ejecutoria conforme con los artículos 192 y 195 del CPACA.

SÉPTIMO. - SIN COSTAS

OCTAVO. - Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNIQUESE el fallo a la entidad condenada para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). DEVUÉLVASE a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y expídase copia de la sentencia si alguna de las partes lo solicita en los términos numeral 2º del artículo 114 del C.G.P

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez

<sup>30</sup> Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia 5116-05 13 de julio de 2006

<sup>31</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.