



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4°
Juez, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá D.C., 30 de abril de 2018

Sentencia N° 037 de 2017

Expediente: 11001-33-35-016-2016-00261-00
Demandante: SONIA CADENA GONZÁLEZ
Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA
PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

Contrato Realidad

ASUNTO

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

1.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 20156100174321 del 25 de febrero de 2015 y 20156100360591 del 20 de abril de 2015, por el cual la demandada negó el reconocimiento de acreencias laborales reclamadas por la actora.

Se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 18 de mayo de 2001 hasta el 31 de marzo de 2012 sin solución de continuidad, que fue terminado sin que mediara justa causa o causa del retiro del servicio.

A título de restablecimiento del Derecho se reconozca y pague al demandante prima de servicios, cesantías definitivas, intereses a las cesantías, vacaciones,

prima de vacaciones, bonificación especial por recreación, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, devolución de dineros por concepto de aportes a la seguridad social, reconocimiento y pago de sumas por retención en la fuente, retención de impuesto de industria y comercio, reconocimiento y pago de sumas canceladas por pólizas de cumplimiento, sanción moratoria, indemnización por despido sin justa causa legal.

Se condene a la entidad demandada al pago de las sumas adeudadas debidamente indexadas, en costas y agencias en derecho.

2.- HECHOS DE LA DEMANDA

Sonia Cadena González suscribió contratos de prestación de servicios con el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS, desde el 18 de mayo de 2001 hasta el 31 de marzo de 2012, (fls 100-173) como asistente dando soporte al área de comunicaciones. Durante la relación laboral la demandante canceló los aportes a la seguridad social, dada la exigencia de la entidad para pagar el pago mensual de honorarios, además nunca hubo reconocimiento de prestaciones sociales como tampoco ningún derecho laboral.

Durante la relación laboral, la señora Sonia Cadena González desarrolló las actividades encomendadas en las instalaciones del DPS, cumpliendo el horario comprendido entre las 8:00 a.m. y las 5:00 p.m., bajo la dirección y con sujeción a las órdenes emitidas por el jefe del área.

El 22 de enero de 2015, la demandante radicó derecho de petición ante la entidad accionada solicitando el reconocimiento de la configuración de una relación laboral, dados a los diversos contratos de prestación de servicios que suscribió con la entidad y, como consecuencia de tal declaración, solicita se reconozcan y paguen todas las acreencias laborales con la restitución de lo cancelado por concepto del régimen pensional, (fls 7-9).

Mediante oficio No. 20156100174321 del 25 de febrero de 2015, la demandada dio respuesta a la petición negando lo solicitado, por cuanto la vinculación de la accionante con el DPS, se rigió bajo las normas aplicables a la relación contractual en la modalidad de prestación de servicios, lo cual no genera vinculación laboral alguna, y en consecuencia tampoco el reconocimiento de pago por concepto de

prestaciones sociales propias de una vinculación con características diferente (fls. 3-4).

El 26 de marzo de 2015, la demandante reiteró la petición anterior, advirtiendo que existió un verdadero vínculo laboral entre las partes, (fls 10-22), la entidad demandada a través de Oficio No. 20156100360591 del 20 de abril de 2015 resolvió negó la solicitud.

3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

La parte demandante invoca como violadas normas de rango constitucional los artículos 13, 25, 53, 122 y 125 y como normas de rango legal violadas señala los artículos 24 y 24 de la Ley 50 de 1990, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, artículo 2 Decreto 2503 de 1998, artículo 19 de la Ley 909 de 2004, artículo 17 de la Ley 790 2002, artículo 29 de la Ley 734 de 2002, Decretos 1042 de 1978, Decretos Ley 174 y 230 de 1975, artículo 2 de la Ley 244 de 1995, artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

El concepto de violación se sintetiza en los términos que siguen:

El apoderado de la parte demandante hace una transcripción de las normas que considera fueron violadas por parte de la entidad demanda y seguidamente expone una sentencia¹ de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado relacionada con el contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral en la cual se indica que la legislación colombiana citada previó la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en algunos casos, pero estos no pueden celebrarse para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos.

4.- Oposición a la demanda por el DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – DPS

La entidad contestó en forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios de 9-31 del cuaderno No. 2 del expediente, sostiene que se opone a las pretensiones y condenas de la demanda.

¹ Radicación No. 25000-23-25-000-2008-00919-01 (0.180-12), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Manifiesta que no hay lugar al reconocimiento de una relación laboral, ya que según los contratos suscritos por el actor, la ejecución de los mismos fueron en programas cuyo carácter era misional y su actividad consistía en dar apoyo, sin que recibiera órdenes, pese a no dejar de lado las orientaciones dadas por la Dirección Nacional del programa al cual se asignaba.

Expresa en síntesis que el contrato de prestación de servicios que celebró la entidad con la accionante se efectuó de conformidad con las normas que regulan este tipo de vinculación, es decir, la Ley 80 de 1993, artículo 32, contrato que se regula por la autonomía de la voluntad de las partes para el desarrollo de actividades relacionadas con el funcionamiento la entidad.

Indica que el fuero de estabilidad se predica exclusivamente de los empleados de carrera administrativa, razón por la cual no podría aplicarse a los contratistas de las entidades públicas, ni a los empleados provisionales que no se encuentren, como la accionante, inscritos en carrera administrativa.

Sostiene que la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios no genera ningún tipo de estabilidad laboral, dada la existencia de una serie de requisitos previos, tales como el pago de seguridad social, entre otros, que de no realizarse por parte del contratista implicarían la no continuidad de la relación contractual.

Finalmente, argumenta que no es viable acceder a las pretensiones planteadas por la parte accionante, toda vez que esta efectúa una serie de contraprestaciones a su cargo y por cuenta propia bajo la supervisión de un servidor de la entidad contratante, que no genera ningún tipo de estabilidad para el contratista, ni derechos equivalentes al del personal de planta de la entidad.

5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN POR ESCRITO

5.1.- *Alegatos de la parte demandante.* (fls. 88-95, C2). Allegó dentro del término legal escrito de alegatos en el que se opone a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.

Sostiene que su prohijado suscribió contratos de prestaciones de servicios para desarrollar una actividad misional de la entidad durante 10 años consecutivos, bajo la

subordinación de un jefe directo quien hacía las veces de supervisor del contrato, quien le señalaba las funciones que debía desarrollar.

Arguye que si bien la demandada no contaba con personal de planta para desarrollar las funciones designadas a la señora Sonia Cadena, no se pueden desconocer sus derechos como trabajadora en iguales condiciones que los empleados de dicha entidad.

Indica que la entidad demandada vinculó a la señora Sonia Cadena a la planta de personal de la entidad en provisionalidad a partir del 2 de abril de 2012, en el cargo de Secretario Ejecutivo, código 4210, grado 20, para desempeñar las mismas funciones, en la misma área y bajo las mismas directrices, con un salario inferior al que venía percibiendo bajo la modalidad de prestación de servicios.

Finalmente, afirma que de las pruebas arrojadas al proceso se logra evidenciar la existencia de los elementos de una relación laboral como son la prestación personal del servicio realizando funciones propias de la entidad, de forma ininterrumpida, cumpliendo un horario de trabajo dentro de las instalaciones de la entidad; en cuanto a la remuneración la entidad efectuó un pago mensual consignado a la cuanta de ahorros de la demandante y en relación con la subordinación se tiene que ella se encontraba bajo las órdenes de un jefe inmediato recibía correos para que gestionara actividades y recibió capacitaciones sobre los procedimientos administrativos que debía ejecutar.

5.2.- *Alegatos de la entidad demandada* (fls. 75-87, C2). Ratificó lo expuesto en la contestación de la demanda; sostiene que los beneficios que reclama la demandante no corresponden a aquellas personas que desempeñaron labores mediante contratos de prestación de servicios, conforme a la Ley 80 de 1993. Además, la actora era conocedora de la forma en que era contratado y no se opuso a la misma, por lo tanto, no tiene derecho a lo pretendido.

6.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1.- Problema jurídico

Debe resolver el Juzgado si entre la señora SONIA CADENA GONZÁLEZ y el DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – DPS, se configuró una relación laboral, pese a haber suscrito y ejecutado diversos y continuos de contratos

de prestación de servicios y, en consecuencia, le deben reconocer y pagar las acreencias laborales durante el periodo comprendido desde el 18 de mayo de 2001 hasta el 31 de marzo de 2012, en igualdad de condiciones de aquellas personas que se desempeñan en el cargo de asistente en la planta de la entidad.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las pruebas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

6.2.- Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Con las copias de los contratos, certificados de disponibilidad presupuestal, informes de actividades, certificaciones del supervisor del contrato y pólizas de cumplimiento, se acreditó que el demandante suscribió con la demandada los contratos de prestación de servicios que se relacionan a continuación en orden cronológico entre el 18 de mayo de 2001 hasta el 31 de marzo de 2012, los cuales tenían como objeto prestar sus servicios personales como asistente brindando soporte en los diferentes trámites administrativos de la Dirección de comunicaciones del DPS, (fls. 100-173) así:

- Contrato 163-2001 desde el 18 de mayo de 2001 al 31 de julio de 2001.
- Contrato 1093-2001 desde el 1 de agosto de 2001 al 31 de diciembre de 2001.
- Contrato 052-2002 desde el 4 de febrero de 2002 al 31 de diciembre de 2002.
- Contrato 24-2003 del 3 de enero de 2003 al 31 de enero de 2003
- Contrato 1025-2003 del 01 de febrero de 2003 al 31 de diciembre de 2003.
- Otrosí 1 del 8 de octubre de 2004 al 31 de marzo de 2004.
- Otrosí 2 del 1 de abril de 2004 al 31 de diciembre de 2004.
- Contrato 102-2005 del 14 de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2005.
- Otrosí 1 del 1 de enero de 2006 al 31 de enero de 2006.
- Contrato 064-2006 del 1 de febrero de 2006 al 31 de diciembre de 2006.
- Contrato 139 de 2007 del 10 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2007.
- Contrato 005-2008 del 11 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008.
- Contrato 298-2009 del 19 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2009

- Contrato 292-2010 del 19 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2010.
 - Contrato 704-2011 del 18 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2011.
 - Contrato 353-2012 del 16 de enero de 2012 al 31 de marzo de 2012.
- En virtud del cumplimiento de actividades se generaron diferentes cuentas de cobro y autorizaciones de pago de las mismas suscritas por las partes, las cuales tuvieron como soporte los certificados de disponibilidad presupuestal descritos en cada contrato.
- La demandada vinculó al actor a la planta de personal de la entidad a partir del 2 de abril de 2012, mediante Resolución No. 00615 de 30 de marzo de 2012 y acta de posesión de 2 de abril de 2012 (fl. 24).
- El 22 de enero de 2015, la demandante radicó derecho de petición ante la demandada solicitando el pago de las prestaciones sociales y sumas adeudadas. Mediante oficio No. 20156100174321 del 25 de febrero de 2015, la demandada dio respuesta a la petición negando lo solicitado, (fl. 3-9).
- El 26 de marzo de 2015, la demandada solicita un alcance a la petición anterior, reiterando la solicitud advirtiendo que existió un verdadero vínculo laboral entre las partes, requerimiento que la demandada a través de Oficio No. 20156100360591 del 20 de abril de 2015 resolvió negando nuevamente lo petitionado, (fl.10-22).
- Dentro del expediente obra informe rendido por el Representante Legal del DPS, en relación con los hechos que le constan en la presente demanda, (72-74, C-2).
- Obra acta de audiencia de pruebas llevada a cabo el 29 de noviembre de 2017 donde se recibieron las declaraciones de NÉSTOR WILLIAM CONTRERAS PEÑA, ANA DEICY FORERO NÚÑEZ, VILMA AHUMADA SABOGAL Y CLAUDIA PATRICIA AVENDAÑO BLANCIO, quienes manifestaron lo que les consta sobre los hechos de demanda por haber sido compañeros de labor de la accionante para la época en que se presentaron los hechos, quienes manifestaron que la prestación del servicio fue continua y permanente (fls. 56-58).

- Obra en el plenario la declaración de parte de la demandante SONIA CADENA GONZÁLEZ, en la cual confirma los hechos que fueron presentados en la demanda.

6.3. NORMAS APLICABLES AL CASO Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

6.3.1. Noción de empleo público en el ordenamiento jurídico colombiano

Desde 1968 mediante el Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, el cual se encuentra vigente, dispuso en su artículo 2º:

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

(...) Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

Por su parte, los artículos 122 y 125 de la Constitución Política de 1991 contemplan la función pública e indican que no habrá empleo público que no tenga definida sus funciones y remuneración y además prevé tres clases de vinculaciones: i) de los empleados públicos, ii) trabajadores oficiales y iii) contratistas².

Conforme la disposición anterior, el legislador al proferir el Decreto 1569 de 1998³, en su artículo 2º realizó una definición de los empleos de las entidades territoriales e indicó que la creación de los mismos se encuentra sometido a las funciones y requisitos específicos fijados por las autoridades competentes con el fin de realizar las funciones del Estado⁴.

² Constitución Política de 1991, Artículo 122: No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)

Artículo 125: Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...).”

³ por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998.

⁴ Decreto 1569 de 1998, Artículo 2. De la Noción de Empleo. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Posteriormente y con el objeto de unificar las normas sobre el empleo público, fue expedida la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004⁵, que en su artículo 19 definió el empleo público y desarrolló las características inherentes a estos con el objetivo de satisfacer los fines del Estado⁶.

Esta misma norma, también creó la figura de los empleos temporales que puede ser utilizada en las entidades públicas para atender necesidades funcionales excepcionales que no pueden ser atendidas con su personal de planta. De tal forma que se puedan crear empleos transitorios de carácter temporal para atender las necesidades propias de la entidad que así lo requiera.

Posteriormente, el artículo 2º del Decreto 770 de 2005 ofreció una definición de empleo público adecuada y ajustada a los principios y finalidades del Estado. Sobre el particular puntualizó que el empleo público es *“el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”*.

6.3.2. Del contrato de prestación de servicios

El contrato de prestación de servicios se encuentra definido en el numeral 37 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, este artículo fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional se pronunció mediante la C-154-97, al efecto definió las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, además sostuvo que *“...el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente*

Las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las autoridades competentes para crearlos, con sujeción a los generales determinados en el presente Decreto”.

⁵ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

⁶ Ley 909 de 2004, Artículo 19. El Empleo Público. 1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado. 2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales (...)”

⁷ “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.”

sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente ...”

Por su parte, el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013⁸ dispuso en su artículo 81 que las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos a “... *persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato. siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate...*” y advirtió que “... *Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales...*”

De conformidad con lo anterior, este tipo de contratos puede ser prestado por personas naturales o jurídicas para cumplir actividades que no puedan ser desarrolladas por el personal de planta de la entidad, diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal y los trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; no genera relación laboral, es decir, no da lugar al pago de prestaciones sociales y se entiende que se cumple con independencia y autonomía, bajo las reglas pactadas y por el tiempo estipulado.

Se tiene que con la expedición del Decreto 1950 de 1973 estuvo reflejada la voluntad del legislador al limitar la figura de los contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones propias de la administración pública y así lo estableció en el artículo 7º *ibid* al señalar que en ningún caso es posible celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas que tengan el

⁸Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”.

carácter de ser habituales y permanentes, para lo cual se deben crear los empleos necesarios para tal fin⁹.

Por otra parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expidió el Código Único Disciplinario, establece en el numeral 29 del artículo 48 como falta gravísima la de “... *Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales*”.

De lo expuesto se extrae que el ordenamiento jurídico consagró la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, so pena de sanción al servidor que utilice en indebida forma los contratos de prestación de servicios.

6.3.4. Del contrato realidad. Principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en los contratos de prestación de servicios

El artículo 25 superior establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza “... en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.” Seguidamente el artículo 53¹⁰ expresamente señala una serie de principios laborales, entre ellos el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Más tarde, La Corte Constitucional¹¹ al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 de la Ley 80 de 1993, nuevamente expuso las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral y además se pronunció respecto a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en aquellas

⁹ Decreto 1959 de 1973. Artículo 7º. Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional. La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (Énfasis del Juzgado).

¹⁰ Artículo 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.

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997- M.P. Hernando Herrera Vergara.

relaciones de trabajo, cuando bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicio se esconde en realidad una relación de carácter laboral.

Al respecto destacó la Corte que “... *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. (...)*”, de la misma forma sostuvo que “... *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...*”, por lo que en caso de prorrogarse las actividades contratadas de manera permanente e indefinida, superando el carácter excepcional que les dio origen, era necesario que la entidad que hacía uso de esa modalidad de contratación, adoptara las medidas pertinentes para dar prelación al postulado del artículo 122 de la Carta Política de 1991, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente para su mantenimiento.

Conforme lo anterior, insistió la Corte en que no es dable a la administración confundir el contrato de prestación de servicios con otras formas contractuales y menos aún con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual en los casos en que el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, resulta claro si se acredita la existencia de las características esenciales de éste y por lo tanto quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado (prestación de servicios) y en consecuencia surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Así, el contrato de trabajo tiene tres elementos que lo diferencian del de prestación de servicios independientes y dichos elementos son: 1. prestación personal del servicio, 2. la continuada subordinación laboral y 3. la remuneración como contraprestación del mismo. Por su parte, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada por el contratista, puede tener origen en una persona jurídica con la cual puede carecer del elemento de subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Por ello, recalcó la Corte que el elemento de subordinación o dependencia es el que marca la pauta diferenciadora entre el contrato laboral y el de prestación de servicios, en virtud de que “... en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza (...) no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente...”

Por su parte, el Consejo de Estado¹² respecto del contrato de prestación de servicios y el principio de la realidad sobre las formalidades, ha sostenido que el contrato de prestación de servicios no puede ser una herramienta de la administración para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarlas, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

El Consejo de Estado ha insistido en que para efectos de demostrar la relación laboral la parte interesada tiene la carga probatoria de indicar los elementos esenciales de la misma, esto es, que la actividad desempeñada en la entidad haya sido personal y que por su labor reciba una contraprestación o pago, además de que la relación con el empleador estuvo gobernada por la subordinación o dependencia (facultad de exigir al servidor el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo, cantidad, imposición de reglamentos), además debe demostrar 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

¹² Consejo de Estado Sección Segunda C.P. Gerardo Arenas Monsalvo - 15 de junio de 2011-Rad: 25000-23-25-000-2007-00395-01 (1129-10).

relación laboral. Además, sostiene que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador y como consecuencia de ello surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, conforme al principio de la favorabilidad previsto en el artículo 53 superior.

Congruente con lo expresado, la Alta Corporación señaló que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir al beneficiario la condición de empleado público, en razón a que esa calidad no se adquiere por el solo hecho de trabajar para el Estado, por cuanto para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la ley (esta posición fue reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 16 de febrero de 2012, expediente No. 41001-23-31-000-2001-00050-01 (1187-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve y del 2 de mayo de 2013, radicación 05001-23-31-000-2004-03742-01 (2027-12), C.P. Alfonso Vargas Rincón).

Adicionalmente, el Consejo de Estado¹³ expuso que pese a que se haya realizado una vinculación bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, si el demandante logra demostrar el elemento de subordinación o dependencia, tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales.

De tal forma que, si el contratista desarrolla el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que un empleado público, se deben proteger el derecho al trabajo y las garantías laborales a fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla, sin que ello implique conferir la condición de empleado público, sin embargo “ello implica que los derechos económicos laborales deben reconocerse, no a título de restablecimiento del derecho, sino a título de reparación del daño, porque quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público” pues en estos casos “no podría ordenarse que la situación del contratista volviera al estado de cosas propio de un empleado público porque jamás ha ostentado dicha condición” (sentencia del 4 de febrero de 2016, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección “B”, proceso Rad. No.: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

¹³ Sentencia del 17 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13), C.P. Alfonso Vargas Rincón (e).

6.3.5. Efectos de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral. Pautas jurisprudenciales

En cuanto a los efectos de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral y especialmente sobre la reparación del daño para compensar a la demandante por la lesión originada en un acto ilegal, en este tipo de controversias la indemnización de los derechos derivados del contrato realidad exige el reconocimiento de las prestaciones sociales ordinarias o comunes (como son entre otras las primas, bonificaciones, cesantías, etc.), los aportes al Sistema de Seguridad Social en la cuota parte que le correspondía al empleador, los riesgos profesionales y el subsidio familiar.

En cuanto a la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse por parte del empleador el 12% y del trabajador 4%, y el porte al sistema de salud es el 12.5% del cual le corresponde al empleador el 8.5% y al empleado 4%. Así entonces, la indemnización de la demandante deberá ser por la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.

Ahora, ¿cuál es el referente económico sobre el que se debe reparar el daño? en la citada sentencia del 4 de febrero de 2016 se pueden concluir las siguientes reglas jurisprudenciales:

1. Cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal o no tiene equivalencia con otro empleo existente en la planta de la entidad, se debe acudir a los honorarios pactados.
2. Cuando el empleo desarrollado por el contratista demandante existe en la planta de personal y es desempeñado en igualdad de condiciones que los servidores públicos de planta, o cuando los honorarios pactados son inferiores al salario devengado por un empleado de planta de la entidad con las mismas funciones desarrolladas, se debe acudir al salario devengado por un empleado de planta de la entidad.

En cuanto a la prescripción, el Consejo de Estado¹⁴ sostiene que pese a que los efectos que se derivan de dicha declaratoria (relación laboral) se traducen en una sentencia constitutiva del derecho, no puede pasarse por alto que la reclamación de la parte interesada debe realizarse dentro de un término prudencial que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales, es decir, tres (3) años contados desde que finaliza la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral.

Sin embargo, si se ha configurado el fenómeno jurídico de la prescripción, frente a los derechos que tengan el carácter de prescriptibles, es necesario dejar a “... salvo los derechos pensionales, que no tienen dicha naturaleza...” (Subrayado fuera del texto original).

Sobre el particular, el Consejo de estado en reciente Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016¹⁵, estableció una serie de reglas para el estudio de las controversias relacionadas con el contrato realidad, especialmente en materia de prescripción extintiva de los derechos que de dicha relación se derivan. Al efecto expuso que:

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

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

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como

¹⁴ Sentencia del 4 de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 27001-23-31-000-2013-00334-01 (3275-14).

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER. Rad. N° 27001-23-31-000-2013-00260-01(0088-1) CE-SUJ2-00516.

contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

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

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

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

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

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto

administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados”.

En decir, quien crea tener derecho a los beneficios económicos que de la declaratoria de una relación laboral se desprende, tratándose de entidades públicas, debe presentar la reclamación respectiva dentro de los 3 años siguientes a la finalización del último contrato de prestación de servicios celebrado, so pena de que opere la prescripción extintiva de tales emolumentos, sin embargo, esa sanción no opera en cuanto a la reclamación de los aportes destinados a seguridad social, los cuales se pueden solicitar en cualquier tiempo dado su carácter de imprescriptibles.

7.- El Caso concreto

La señora SONIA CADENA GONZÁLEZ solicita que se declare que existió una relación de naturaleza laboral al ejecutar diversos contratos de prestación de servicios suscritos con el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS como Secretaría Ejecutiva y que en consecuencia considera que tiene derecho a que la entidad le reconozca y pague todos los derechos laborales y prestacionales derivados de tal relación, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Carta Política.

Por su parte, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS, considera que la accionante prestó sus servicios a la entidad bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por lo tanto este tipo de contratación no genera ningún tipo de estabilidad laboral, dada la existencia de una serie de requisitos previos, tales como el pago de seguridad social, entre otros, que de no realizarse por parte del contratista implicarían la no continuidad de la relación contractual. En conclusión, sostiene que no le asiste derecho a lo reclamado.

Vistas las posiciones de las partes en litigio, procede el Despacho a establecer si se cumplieron los requisitos del contrato laboral, esto es: *i)* la prestación personal del

servicio, *ii*) la remuneración y *iii*) la subordinación o dependencia, pese a que la vinculación se hizo a modo de contratos de prestación de servicios.

7.1. De la prestación personal del servicio

De acuerdo con las pruebas documentales y testimoniales aportadas e incorporadas al expediente, se demostró que la señora SONIA CADENA GONZÁLEZ prestó en forma personal sus servicios en desarrollo de los distintos contratos de prestación de servicios suscritos con el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, por más de once años cuya relación contractual quedó consignada en el capítulo de pruebas de esta sentencia, (fls. 100-173).

Con las copias de los contratos de prestación de servicios y adiciones a los mismos, certificaciones de contratos y demás documentos allegados está probado que entre las partes se suscribieron tales contratos en virtud de los cuales la demandante prestó sus servicios personales como asistente, brindó soporte en los diferentes trámites administrativos que adelantaba en la oficina de Comunicaciones, desde 18 de mayo de 2001 hasta el 31 de marzo de 2012, en forma interrumpida. Sin embargo, en los testimonios rendidos dentro del proceso se logró evidenciar que la prestación del servicio fue ininterrumpida.

Por su parte, como enuncia la jurisprudencia citada el contrato de prestación de servicios solamente resulta procedente cuando se trate de labores que no se pueden cumplir con el personal de planta o cuando se requiera de un conocimiento especializado, situación que no se presentó en el sub examine, como quiera que las funciones desarrolladas por la demandante no requerían de un conocimiento especial, por el contrario esta hacía las veces de Secretaria del Jefe de Comunicaciones, además en relación con el requisito de que no pudieran asignarse a un empleado de planta se probó que solo hasta el año 2012 se creó la planta de cargos del DPS y antes de esa fecha no se contaba con planta de cargos para desarrollar las funciones propias de la entidad.

El Despacho evidencia que los requerimientos del servicio fueron permanentes y los mismos fueron satisfechos a través de pluralidad de contratos de prestación de servicios sucesivos entre el 18 de mayo de 2001 hasta el 31 de marzo de 2012, lo cual contraviene la naturaleza transitoria de la prestación de servicios.

Por consiguiente, este Despacho considera que la entidad empleó los servicios profesionales de la actora de forma continua y permanente, situación que se opone a lo prescrito en el artículo 32 de La Ley 80 de 1993, en cuanto establece que estos contratos “*se celebrarán por el término estrictamente indispensable*”.

Como claramente se puede observar, la demandante para poder cumplir estas funciones debió someterse además al cumplimiento de un horario laboral, recibir órdenes de sus superiores y la actividad debía realizarla en forma personal.

Como los contratos de prestación de servicios se realizaron *in tuito personae*, no hay duda que la ejecución fue cumplida personalmente por esta, según las pruebas que reposan en el expediente. Además, este aspecto no lo discuten las partes.

7.2. De la remuneración

En los diversos contratos de prestación de servicios que obran en expediente (fls. 100-173), se verifica que a la señora SONIA CADENA GONZÁLEZ le fue asignada una retribución mensual, por sus servicios como asistente por parte del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD, y el último que suscribió lo hizo por valor de siete millones doscientos ochenta y un mil pesos (7'281.000) los cuales se cancelarían en tres pagos iguales por valor de dos millones cuatrocientos veintisiete mil pesos (2'427.000), previa presentación de informe de actividades y certificación expedida por el supervisor donde constara el cumplimiento a satisfacción del objeto del contrato (tomado del contrato N° 353/12, fl 167). De la misma forma, se estipuló en cada uno de los contratos y prorrogas suscritas por la demandante con el DPS las sumas de dinero que debía recibir como contraprestación por sus servicios. Este hecho tampoco lo discute la entidad, por lo cual se tiene como probado.

7.3. Subordinación o dependencia

Este es, en últimas, según la Corte Constitucional, el requisito que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral, esto es la *relación de coordinación* que debe existir entre el contratista y la entidad a través del supervisor o interventor del contrato, y otra muy distinta es la *relación de subordinación o dependencia* que la entidad imponga al contratista de

modo que afecte la autonomía e independencia que este debe tener durante la ejecución del contrato.

En el caso *sub examiné* se encuentra acreditada la existencia de la prueba del desarrollo de las funciones para asesorar la oficina de comunicaciones en el Departamento Administrativo Para la Prosperidad, labores que por varios años cumplió de manera ininterrumpida, pues entre estas se encontraban las de “(...) *dar soporte a la labor diaria como manejo de correspondencia, trámites de documentos y prestar soporte logístico para las diferentes actividades que realiza el Área de comunicaciones, así como, contribuir y colaborara en el desarrollo de las diferentes actividades propias de esta dependencia (...)*” (fls. 28-32).

Así mismo, en las declaraciones recepcionadas por el Despacho se pudo establecer que los testigos coincidieron en que la señora Sonia Cadena González cuenta con grado de estudio bachiller, se desempeñó en el DPS como asistente del área de comunicaciones la cual consistía en funciones secretariales en la dependencia de comunicaciones de la entidad demandada, funciones que realizaba de manera personal en tanto que no era permito subcontratar.

De la misma forma, los testigos indicaron que desde el 2001, tanto la demandante como algunos de los testigos, iniciaron sus labores como contratistas hasta el año 2012 cuando pasaron a formar parte de la planta provisional sin variación de las funciones que inicialmente venían ejerciendo.

También manifestaron que la señora Sonia Cadena rendía informe al jefe de la oficina de comunicaciones, sin que incurriera en alguna falta disciplinaria o llamado de atención cumplía horario desde las 8:00 a.m. hasta las 6:00 p.m., también manifestaron que durante la prestación de los servicios no se presentó interrupción de contratos a pesar que estos iniciaran posteriormente no se interrumpieron las funciones, igualmente indicaron que el tiempo que les daban de vacaciones era remunerado y que en caso de necesitar un permiso tenían que solicitarlo de manera previa.

Como se pudo verificar, la demandante se encontraba sometida y obligada a cumplir las funciones antes relacionadas y para ello fue necesario el cumplimiento a los horarios asignados por el Departamento y, en efecto, se estaba plenamente subordinado a las instrucciones impartidas por la entidad, en cuanto al modo,

tiempo y horarios establecidos o requeridos, con lo cual se desvirtúa que la actora tenía autonomía e independencia para desarrollar el objeto de los contratos de prestación de servicios y que es claro que no se encontraba solo bajo una relación de coordinación por parte del supervisor del contrato.

Así mismo, quedó demostrado que la entidad contrataba a la actora bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios porque en la planta de personal no existía el cargo que ocupó la demandante, o sea, para cumplir funciones permanentes y misionales de la entidad.

Así las cosas, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en el desarrollo de los contratos suscritos por la actora, así como la temporalidad de un verdadero contrato de prestación de servicios considera el Despacho que en el presente caso se configuró una relación laboral, en tanto al demandante prestó sus servicios en forma permanente por más de 10 años en el DPS, en las mismas condiciones que lo debió hacer un empleado de planta.

Empero, es importante precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir a la accionante la condición de empleada pública, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado, sino que requiere de las formas establecidas en la ley para ello (en provisionalidad o mediante concurso de méritos o las demás formas contempladas en la ley), como se indicó en el acápite de normas y precedente jurisprudencial aplicable.

7.4. De pago de las prestaciones sociales en el contrato realidad

De conformidad con lo planteado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 en los casos de los contratos de prestación de servicios que ocultan una relación laboral respecto al pago de prestaciones sociales son procedente siempre y cuando no opere la prescripción extintiva, como se pasa a estudiar.

7.5. De la prescripción

El Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación¹⁶, citada estableció de manera específica la regla jurisprudencial relacionada con que quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

Según lo probado en el proceso la accionante presentó la petición el 22 de enero de 2015 ante el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS solicitando el reconocimiento de una relación laboral entre ambas partes y el consecuente pago de todas las prestaciones sociales y salariales derivadas de esa relación de trabajo entre los años 2001 al 2012, es decir, 2 años y 9 meses después de finalizado el último contrato (esto es el N° 353-2012, el cual fue ejecutado entre el 16 de enero de 2012 al 31 de marzo de 2012, según se verifica a folios 28 a 32 y lo expresa la accionante en los hechos de la demanda).

Por lo anterior, el Despacho basó su análisis en la citada petición del 22 de enero de 2015; significa lo anterior que la petición de reconocimiento y pago de los derechos salariales derivados de la aparente relación laboral se realizó 2 años y 9 meses después de la terminación del último contrato de prestación de servicios (31 de marzo de 2012), es decir, dentro del término de 3 años previsto en los artículos 41 del Decreto 3135/68 y 102 del Decreto 1848/69 y conforme a la jurisprudencia de unificación antes citada.

Sin embargo, respecto de los salarios y demás prestaciones anteriores al 22 de enero de 2012 ha operado la prescripción extintiva trienal, teniendo en cuenta que la petición fue presentada en la entidad el 22 de enero de 2015, en consecuencia, la señora Cadena Gonzáles tiene derecho al reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad únicamente por el periodo comprendido entre el 22 de enero de 2012 hasta el 31 de marzo de 2012 (termino en el cual se encontraba en ejecución el contrato N° 353-2012) dada la prescripción trienal a la que se hizo referencia.

¹⁶ C.E., SCA, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación número: 23001-23-23-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SU12-005-16.

En cuanto a las cotizaciones destinadas a pensión es procedente ordenar a la entidad demandada tener en cuenta para efectos pensionales el tiempo comprendido entre el 18 de mayo de 2001 hasta el 31 de marzo de 2012 (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios), dado el carácter imprescriptible de esta prestación.

En cuanto a la devolución de los aportes de los pagos que hubiere efectuado la demandante al sistema de seguridad social en pensiones se deberá tener en cuenta la regla jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, es decir, "... iii) *Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional...*", en ese sentido solo tendrá derecho a la devolución de los aportes que excedan el 4% del 16% que se debe cotizar al sistema por el periodo comprendido entre el 22 de enero de 2012 al 31 de marzo de 2012, si hubiere lugar a ello, una vez que la entidad haya determinado el IBC sobre el cual deben efectuarse dichos pagos.

De igual manera, la entidad demandada deberá devolver a la demandante por concepto de seguridad social en salud la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora.

Así entonces, para calcular el ingreso base de cotización (IBC) tanto para las prestaciones sociales comunes como para las pensional de la demandante, la entidad deberá tener en cuenta las siguientes reglas:

1. Si el cargo desempeñado por la contratista no existe en la planta de personal de la entidad o no tiene equivalencia ni en la misma entidad u otra entidad del nivel nacional, se debe acudir a los **honorarios** pactados.
2. Si el empleo desarrollado por el demandante existe en la planta de personal y es desempeñado en igualdad de condiciones y funciones que los servidores públicos de la entidad o cuando los honorarios pactados son inferiores al salario devengado, se debe acudir al **salario** percibido por un empleado de planta de la entidad.

Una vez establecido lo anterior la liquidación para pensión se deberá efectuar mes a mes y, de existir diferencias entre los aportes realizados por la demandante en calidad de contratista y los que se debieron efectuar, el DPS deberá realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión en la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora esto es el 12% y a la demandante le corresponde aportar el 4%. de existir diferencias en los aportes que se debieron efectuar la demanda deberá trasladar a las entidades de seguridad social a la cual cotiza la demandante.

Para lo cual la demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, las normas y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, en cuanto que el acto administrativo demandado es nulo por haberse expedido con desconocimiento de las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba.

La suma que deberá pagar la entidad condenada como consecuencia de la condena impuesta, deberá actualizarla de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, o según el periodo de causación de cada prestación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Por último, conviene reiterar que 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 y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, no sólo vulneran los derechos de los trabajadores sino que ese proceder desvirtúa la razón de ser del numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal, además esta conducta acarrea las sanciones que establece la ley para los servidores que utilicen en indebida forma los contratos de prestación de servicios. en consecuencia se ordenará compulsar copias de la presente sentencia a los organismos de control, para lo de su competencia.

7.7. Costas y agencias en derecho

Finalmente, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se regirán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la parte demandada quien estuvo debidamente representado.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el *Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016*¹⁷ expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por La Juez al momento de fijarlas¹⁸, en el artículo 5º del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasará entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

¹⁷ Acuerdo que deroga los Acuerdos 1886 de 2003, Acuerdos 2222 del 10 de diciembre de 2003 y PSAA13-9943 del 4 de julio de 2013.

¹⁸ En la parte considerativa del acuerdo, se describe que las agencias en derecho “corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente”. Y en el artículo 2º ibídem prevé que “(...) Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites (...)”

En relación con este tema, la Corte Constitucional desarrolló diversa jurisprudencia¹⁹, de manera reciente en la sentencia T-625 de 2016²⁰ respecto de lo que constituyen las costas y las agencias en derecho, manifestó que las costas procesales son todos aquellos gastos en que incurre la parte por acción del proceso, dicha noción comprende tanto las agencias que son las expensas por concepto de apoderamiento del proceso y la Juez las reconoce de forma discrecional a favor de la parte vencedora siguiendo lo reglamentado en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Y así lo reitero nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado²¹, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la entidad demandante, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$783.000 que deben ser liquidadas por Secretaría.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de otro mandato judicial.

¹⁹ Respecto a la condena en costas, se encuentra la sentencia T-432 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto donde la Corte se refirió al tema y expresó que en cuestión de costas se aplica el *dictum* romano, según el cual quien ha sido vencido en un proceso judicial debe cancelar al ganador los gastos que acreó el proceso. La Corporación indicó que justo la doctrina sostiene que las costas equivalen a la carga económica que debe enfrentar quien no tuvo la razón dentro del juicio y estas se reconocen a favor de la parte y no del apoderado pues puede haber una confusión respecto del pago de las costas a favor del proceso y la obligación de cancelar los honorarios al abogado por parte del poderdante.

Posteriormente, en la Sentencia C-368 de 2011, en la que explica que las costas procesales se desarrollan en un ámbito conceptual más definido, el cual se materializa con el pago de los gastos que deben satisfacer las partes como consecuencia del proceso que promueven y del que una de ellas puede resarcirse en caso de salir vencedora. De esta manera, dichos recursos se destinan exclusivamente a cubrir los gastos que se han generado el proceso y nada más.

En sentencia del 21 de marzo de 2013 esa misma Corporación manifestó que la condena en costas es el resultado de la derrota en el proceso para alguna de las partes o en algún recurso que se haya presentado, más no el resultado de una actuación producto de la mala fe o de una actuación temeraria por parte de la parte vencida dentro del proceso. De conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso la condena en costas y las agencias en derecho corresponden a los costos en que la parte beneficiada por la sentencia incurrió dentro del trámite del proceso, siempre que exista prueba de ello y de que dichas actuaciones correspondan a las autorizadas por la ley. Así las cosas, la condena en costas y las agencias en derecho no tienen como finalidad resarcir un perjuicio causado por el mal proceder de una de las partes así que no pueden ser asumidas como una sanción en su contra.

²⁰ M.P. María Victoria Calle Correa.

²¹ Sección Segunda, Subsección A – Consejo de Estado, C.P. William Hernández Gómez.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que entre la señora SONIA CADENA GONZÁLEZ, identificada con C.C. N° 51.586.050 y el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – DPS se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante los periodos indicados en la parte motiva de esta sentencia, con ocasión de la ejecución de los contratos de prestación de servicios celebrados y ejecutados en esos lapso, de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se declaran nulos los actos administrativos contenidos en los Oficios N° 20156100174321 del 25 de febrero de 2015 y N° 20156100360591 del 20 de abril de 2015, mediante los cuales el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social - DPS le negó a la señora SONIA CADENA GONZÁLEZ el reconocimiento y pago los derechos y acreencias laborales solicitados, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia.

TERCERO: A título de reparación del daño, se CONDENA al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – DPS a que reconozca y pague en forma indexada a la señora SONIA CADENA GONZÁLEZ, las prestaciones sociales comunes reclamados y que pudieron generarse en el periodo comprendido entre el 22 de enero de 2012 al 31 de marzo de 2012.

CUARTO: Declarar configurada la prescripción extintiva de las las prestaciones sociales comunes reclamadas por la señora SONIA CADENA GONZÁLEZ anteriores al 22 de enero de 2012, excepto los aportes destinados a seguridad social en pensión, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: A título de reparación del daño, se CONDENA al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS a que reconozca y pague en forma indexada a la señora SONIA CADENA GONZÁLEZ, para efectos pensionales, el tiempo comprendido entre el 18 de mayo de 2001 hasta el 31 de marzo de 2012 (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios),

teniendo en cuenta las reglas expuestas para calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, mes a mes, y de existir diferencias entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones en la cuotas que le corresponde como entidad empleadora, para lo cual la demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

SEXTO: A título de reparación del daño, se CONDENA al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – DPS a que efectúe la devolución de los aportes de los pagos que hubiere efectuado la demandante al sistema de seguridad social en pensiones que excedan el 4% del 16% que se debe cotizar al sistema por el periodo comprendido entre el 22 de enero de 2012 al 31 de marzo de 2012, si hubiere lugar a ello. De igual manera, la entidad demandada deberá devolver a la demandante por concepto de seguridad social en salud la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SÉPTIMO: La entidad debe pagar a la parte demandante los valores correspondientes de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula consignada en la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas. Se CONDENA en costas y agencias en derecho a la entidad demandada correspondientes en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de setecientos ochenta y tres mil pesos (\$783.000), por Secretaría liquídese.

NOVENO: La entidad condenada dará cumplimiento al presente fallo dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, sin necesidad de nuevo mandato judicial.

DÉCIMO: Compulsar copias a la Contraloría General de la Nación, Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación, para que se determine el actuar de los funcionarios que promovieron la vinculación de personal mediante contratos de prestación de servicios para cumplir funciones propias del objeto misional de la entidad, por las razones expuestas.

UNDÉCIMO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE 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). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y autentica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2 del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

DUODÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado háganse las anotaciones de ley y ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


CATALINA DÍAZ VARGAS

JUEZ

JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art 201) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy 4 de mayo de 2018 a las 8:00 a.m.

Secretaría

Hoy 4 de mayo de 2018 se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3. artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Secretaría