



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

Sección Segunda

Carrera 7 N°12B-27 Piso 6 Bogotá D.C.

Juez, **JAIME HENRY RAMIREZ MORENO**

Bogotá D.C., 2 de Febrero de 2017

Sentencia N° 003 de 2017 Sistema Oral
(Artículo 183 ley 1437)

Expediente: 11001-33-35-016-2013-00293-00
Demandante: CAROLINA MARIA GARCIA GARCIA
Demandado: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A – MINISTERIO DE
SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – MINISTERIO DE
HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

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

CAROLINA MARIA GARCIA GARCIA solicita a esta Jurisdicción que anule los siguientes actos administrativos: i) El **Oficio del 09 de noviembre de 2012**, de La Fiduciaria La previsora S.A.; ii) El **Oficio del 08 de noviembre de 2012**, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; iii) Y el **Oficio del 20 de noviembre de 2012**, del Ministerio de Salud y Protección Social, a través de los cuales estas entidades le negaron el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, que en su criterio existió, pese haber suscrito contratos de prestación de servicios, con la extinta ESE “**LUIS CARLOS**

GALAN SARMIENTO” del 01 de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare la existencia de una relación laboral entre la extinta ESE “**LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO**” y la demandante durante el periodo de la ejecución de los contratos de prestación de servicios, comprendido del **01 de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007**; como consecuencia de tal declaratoria, que se condene a las entidades accionadas al reconocimiento y pago indexado de las prestaciones sociales devengadas durante la ejecución de los contratos, de los aportes al sistema de seguridad social y los demás que se deriven de la relación laboral . (fl. 37).

2.- HECHOS DE LA DEMANDA

Relata la demandante que estuvo vinculada del 01 de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007 por contratos de prestación suscritos, renovados y sin solución de continuidad, con la extinta ESE “**LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO**”, en el cargo de Auxiliar de Oficina, el cual desempeñó en forma personal y eficiente, cumpliendo el mismo horario del personal de planta, en forma subordinada y recibía una remuneración mensual, sin que se le hayan pago todas sus prestaciones al retiro del servicio.

Solicitó a las entidades demandadas el pago de sus prestaciones una vez culminados los contratos, pero estas se las negaron, a través de los actos acusados.

3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

Violación de normas constitucionales: artículos 13, 25, 53 y 58; violación de normas legales: Ley 790 de 2002, decreto 1042 de 1978, 1045 de 1978, 1750 de 2003 y 4171 de 2009.

Sostiene que la ESE vulneró el derecho a la igualdad de la actora por cuanto la trataba como personal de planta, cumpliendo las mismas funciones, bajo los mismos horarios y órdenes hacia ellos, pero no así al momento del pago, pese a

que se configuraban los elementos del contrato de trabajo, esto es, prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, por lo cual los actos demandados están viciados de falsa motivación.

4.- Oposición a la demanda por el Ministerio de Salud.

La entidad contestó la demanda (fls 192 a 205). Se opone a las pretensiones de la misma por cuanto la actora suscribió contratos de prestación de servicios que no generan prestaciones sociales, de acuerdo con el artículo 32- 3 de la ley 80 de 1993. No hubo subordinación. Afirma que se configuró la caducidad y prescripción, pero no los justificó.

5.- Oposición a la demanda por el Ministerio de Hacienda.

La entidad contestó la demanda (fls 220 a 227). Se opone a las pretensiones de la misma por cuanto la actora no tuvo ninguna relación jurídica con este Ministerio. También aduce que la actora suscribió contratos de prestación de servicios con la *ESE Luis Carlos Galán Sarmiento*, que no generan prestaciones sociales, de acuerdo con el artículo 32- 3 de la ley 80 de 1993.

6.- Oposición a la demanda por La Fiduciaria La Previsora S.A.

La entidad contestó la demanda (fls 243 a 258). Se opone a las pretensiones de la misma por cuanto la actora no laboró para la Fiduciaria. También aduce que la actora suscribió de manera autónoma e independiente contratos de prestación de servicios con la *ESE Luis Carlos Galán Sarmiento*, que no generan prestaciones sociales, de acuerdo con el artículo 32- 3 de la ley 80 de 1993.

Que la contratación de la actora por la ESE obedeció a que la Entidad no tenía personal de planta suficiente; que se le contrató en razón de sus capacidades, cualidades y calidades ofrecidas por la contratista y con el pleno conocimiento de ella de que se trataba de contratos de prestación de servicios y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y así los aceptó.



7.- Alegatos de conclusión presentados por escrito.

La Fiduciaria La Previsora S.A., alegó de conclusión memorial que obra a folios 483 a 486 del expediente. Reiteró los argumentos que expuso en la contestación de la demanda. Afirma que la demandante no fue trabajadora oficial ni empleada pública de la *ESE Luis Carlos Galán Sarmiento*. Nunca existió subordinación de la demandante. Que operó la prescripción por cuanto dejó pasar 5 años y 29 días para reclamar.

El Ministerio de Salud alegó oportunamente de conclusión mediante memorial que obra a folios 487 a 494 del expediente. Reiteró los argumentos que expuso en la contestación de la demanda; que la actora no tuvo ninguna relación jurídica con este Ministerio. También alega que existe prescripción de los derechos reclamados.

La demandante alegó oportunamente de conclusión mediante memorial que obra a folios 495 a 504 del expediente. Que en virtud de la primacía de la realidad, la actora tiene derecho a lo que reclama, porque en el proceso se acreditó la relación laboral y que no hay prescripción por cuanto esta surge a partir de la declaración del derecho, según el Consejo de Estado. Hace mención de las declaraciones de los testigos a su favor.

El Ministerio de Hacienda no presentó alegatos de conclusión.

6.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1.- Problema jurídico.

Debe resolver el Juzgado si la parte demandante tiene derecho a que se declare la existencia de una relación laboral y en consecuencia se condene a las entidades accionadas a que le liquiden y paguen todas las acreencias laborales percibidas como *Auxiliar de Oficina* de la **E.S.E LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO**, entre el 01 de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007, en igualdad de condiciones de aquellas personas que se encontraban en la planta de la entidad, pese a que se trató de contratos de prestación de servicios regulados por la ley 80 de 1993.

508

Como problema jurídico asociado se resolverá si operó a prescripción de los derechos reclamados.

Para resolverlos 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.

Obran en el expediente las siguientes pruebas:

1. **CAROLINA MARÍA GARCÍA GARCÍA**, suscribió con la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento- Liquidada-, sendos contratos de prestación de servicios para desempeñar el cargo de **Auxiliar de Oficina**, en el periodo comprendido entre el **01 de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007**, según consta en la certificación expedida el 27 de abril de 2009 por la apoderada especial del Liquidador de la ESE Luis Carlos Galán, aportada en original a folio 54 del expediente. Dichos contratos también fueron aportados en fotocopia informal por la parte demandante a folios 75-117 del expediente.
2. El último contrato de prestación de servicios suscrito por la señora Carolina María García con la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento fue el **No. 3515 del 05 de julio de 2007, por el periodo comprendido entre el 05 de julio de 2007 y el 30 de septiembre de 2007.** (folio 79)
3. A folios 55-59 del expediente reposan en fotocopia simple los desprendibles de pago de los honorarios recibidos por Carolina María García por la ejecución de los aludidos contratos.
4. Igualmente se aportó al expediente fotocopia simple del formulario de vinculación como trabajadora independiente al Sistema General de Riesgos Profesionales, de Carolina María García, por el periodo del 01 de febrero de 2005 al 31 de mayo de 2005 (fl. 70).
5. También obra dentro del proceso fotocopia simple de las certificaciones de retención en la fuente efectuada con base en los contratos de prestación de

servicios suscritos por la accionante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento de los años 2004-2006 (fs. 71-73).

6. Fotocopia de los comprobantes **de aportes a pensión** realizados por la actora al Instituto de seguros Sociales – ISS desde diciembre de 2003 hasta junio de 2007.
7. El **29 de octubre de 2012** la demandante radicó sendas peticiones en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, bajo el No. 1-2012-074305 (original a folio 45), el Ministerio de Salud y Protección Social, bajo el radicado No. 201242302375162 (original a folio 52) y la Fiduciaria La Previsora-Administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la ESE LCGS (original a fl. 48), a través de las cuales solicitó el reconocimiento y pago, durante todo el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, de las cesantías definitivas, interés de cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, bonificación por servicios prestados, horas extras, dominicales, festivos, nocturnos, indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales, auxilio de alimentación, incrementos adicionales sobre los salarios básicos por servicios prestados, reembolso de los aportes efectuados a seguridad social, reembolso de los pagos efectuados por pólizas de cumplimiento y retención en la fuente, indemnización por terminación sin justa causa del contrato de trabajo y despido injusto, reconocimiento y pago de la prima técnica, indemnización por lucro cesante y daño emergente.
8. La anterior petición fue resuelta en forma desfavorable por el Subdirector Jurídico del **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, a través del oficio **2-2012-041071 del 06 de noviembre de 2012 – acto acusado-**, en el cual le expresó que esa entidad no es la competente para resolver sus pretensiones porque entre la ESE LCGS y el Ministerio no existió cesión de obligaciones, por lo cual de su petición se daría traslado a la **FIDUPREVISORA** (Original a folios 46-47 del expediente).
9. La **Fiduciaria La Previsora**, como Administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la ESE LCGS, también le resolvió desfavorablemente la anterior petición a través del **Oficio 2012 EE0012977 del 9 de noviembre de 2011 – acto acusado-**, en el cual le argumentó que *“no es posible satisfacer su solicitud, ya que no existe obligación alguna*

dentro del Contrato de Fiducia Mercantil a cargo de esta Sociedad Fiduciaria de efectuar el pago pretendido y además el Liquidador de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO no hizo entrega de ninguna cuenta por pagar a ser desembolsada a nombre de CAROLINA MARÍA GARCÍA GARCÍA, ni se entregaron recursos económicos a la Fiducia para tal efecto” (fotocopia simple con sello original de la entidad a folios 49-51).

10. Finalmente, el **Ministerio de Salud y Protección Social**, resolvió también en forma negativa la petición de la accionante, con el **Oficio 201211102434021 del 20 de noviembre de 2012**, en el cual adujo que debía atenerse a las resultas del proceso ordinario laboral que había iniciado y que cursaba en el juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá (original a folio 53 del expediente).
11. Oficio No. 201611101891191 del 7 de octubre de 2016, mediante el cual el *Coordinador del Grupo de Administración de Entidades Liquidadas* del Ministerio de Salud sostiene que **no existe dentro** del expediente de la accionante **liquidación del último contrato** comprendido entre el 5 de julio de 2007 y 30 de septiembre de 2007 y tampoco de la petición del 19 de mayo de 2009. (Fl. 470)

6.3-. LAS NORMAS APLICABLES AL CASO Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

Los artículos 122 y 125 de la Constitución Política de 1991, contemplan la función pública, así:

“Art. 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. (Inc. 1º)...”

“Art. 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 (...).”

La noción de empleo se encuentra prevista en el artículo 2 del Decreto 770 de 2005, que derogó el artículo 2 del Decreto 1042 de 1978 (lo concluyó la Corte Constitucional en la Sentencia C-422 de 2012), en el que se definió el empleo como “*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*”.

El artículo 7º del Decreto 1950 de 1973 señaló que:

*“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)

Por su parte la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en materia de empleo público dispone:

"Art. 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" (...)"

En cuanto a los empleos de las entidades territoriales el artículo 2º del Decreto 1569 de 1998 "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" dispone:

"Artículo 2º.- 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.

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".

Por su 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:

"29. 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 todo lo anterior se extrae que el ordenamiento jurídico consagró no sólo 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, sino que también sanciona al servidor que utilice en indebida forma los contratos de prestación de servicios.

El contrato de prestación de servicios se encuentra previsto en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, así:

"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."

A su turno el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 "Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública", vigente desde el 15 de agosto de 2013, dispuso:



“Artículo 60. Contratos de prestación de servicios de salud. La entidad estatal que requiera la prestación de servicios de salud debe utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces.

Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la 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. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

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.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.” (Subrayas del Juzgado)

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, 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 generan 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 contractuales pactadas y por el tiempo de duración estipulado.

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

La Corte Constitucional¹ al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 de la ley 80 de 1993, señaló las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, y la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre

¹ Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997- M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

las formas en aquellas relaciones de trabajo donde, bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicio, se esconde en realidad una relación de carácter laboral. Así lo expuso:

“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. (...)”

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

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y 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.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, el **elemento de subordinación o dependencia** es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.” (Subraya el Juzgado)

Por su parte el Consejo de Estado² respecto del contrato de prestación de servicios y el principio de la realidad sobre las formalidades establecidas, también ha sostenido:

“... el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento 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 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.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y 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

² Consejo de Estado Sección Segunda C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- 15 de junio de 2011-Rad: 25000-23-25-000-2007-00395-01 (1129-10).

Expediente: 2013-0293

Actor: CAROLINA MARIA GARCIA GARCIA

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.” (Subraya el Juzgado)

Para el Consejo de Estado³, “(...) el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica otorgar la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado, pues 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 tesis ha sido 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 número: 05001-23-31-000-2004-03742-01(2027-12) (Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón).

Adicionalmente, el Consejo de Estado sentencia del 13 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13) (C.P. Alfonso Vargas Rincón (E)), 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. Textualmente dijo:

“Así mismo, aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del

³ Sentencia del 27 de octubre de 2011 SCA, Sección Segunda, Subsección “A”; Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación Número: 25000-23-25-000-2008-00070-01(1796-10), Actor: Miguel Antonio Parroquiano García.

empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (artículo 53 Constitución Política).

El anterior criterio ha sido sostenido por esta Corporación⁴ en los siguientes términos, insistiendo en la importancia de la subordinación:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público (...)

7.- Efectos de la Sentencia que declara la relación laboral y la prescripción.

Ahora, en cuanto a los **efectos** de la sentencia que declara la relación laboral y **sobre la prescripción**, el Consejo de Estado⁵ ha sostenido:

“En cuanto a los efectos que se derivan de dicha declaratoria, esta Sección en repetidas oportunidades se ha pronunciado con el fin de señalar que se trata de una sentencia constitutiva del derecho, por lo que en principio no habría lugar a sancionar al beneficiario con la prescripción del derecho que se reclama. Sin embargo, tampoco puede pasarse por alto que dicha solicitud debe realizarse por el interesado 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.

⁴ Expediente 0245-2003, citado en la sentencia del 13 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13) (C.P. Alfonso Vargas Rincón (E)).

⁵ Sentencia del 4 de febrero de 2016, Consejero ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación 27001-23-31-000-2013-00334-01(3275-14).

Expediente: 2013-0293
Actor: CAROLINA MARIA GARCIA GARCIA

Una vez resuelto el anterior interrogante y establecida la existencia de la relación laboral, es cuando el juez debe proceder a resolver sobre el reconocimiento de los derechos salariales y prestacionales que se puedan derivar de aquella, así como sobre la configuración o no del fenómeno jurídico de la prescripción, frente a los derechos que tengan el carácter de prescriptibles, y dejando a salvo los derechos pensionales, que no tienen dicha naturaleza.” (Subrayado fuera del texto original).

De acuerdo con la orientación jurisprudencial reseñada y emitida por el Consejo de Estado como Órgano de Cierre de esta Jurisdicción, la prescripción extintiva opera en estos casos respecto los **derechos salariales y prestacionales** que se puedan derivar de la relación laboral demostrada y sean susceptibles de extinguirse por prescripción, **no frente a derechos pensionales**, por no tener tal carácter.

Es claro entonces que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes **al rompimiento del vínculo contractual**, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración, ha sostenido el Consejo de Estado⁶.

Ahora, es importante precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado. Así lo ha afirmado el Consejo de Estado⁷: *“Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de una relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, se insiste en este punto que **por el hecho de haber estado vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión (...)”.*

⁶ Sentencia del 16 de junio de 2016, Sección Segunda – Subsección “A” Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero Radicación N° 08001233100020030224901 Autoridades Distritales No. Interno: 1317-15 Actor: Angelica De Jesús Villalba Suarez

⁷ C.E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 16 de febrero de 2012, expediente No. 41001-23-31-000-2001-00050-01 (1187-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

e

7.1. Del contrato realidad en materia de servicios de salud.

En reiteradas ocasiones ha afirmado la jurisprudencia del Consejo de Estado que “... en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Contratos de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva o cuando para tal efecto se requiere de conocimientos especializados, de tal manera que en atención a situaciones excepcionales que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio del mismo, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal en los servicios en salud.”⁸

El Consejo de Estado, también ha sostenido que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, “la especialidad de que se revisten los servicios de salud –tratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad”, máxime si la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las entidades estatales prestadoras del mismo.⁹ (Subrayas fuera del texto original). Esta posición fue reiterada por el Consejo de Estado en la sentencia del 13 de febrero de 2014, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00449-01(1807-13), C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Por consiguiente, en cada caso deben revisarse las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de establecer la verdadera naturaleza de la relación que existió entre las partes.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2012, expediente No. 25000-23-25-000-2008-00344-01(0681-11), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁹ Ibid.

8. El Caso concreto.

CAROLINA MARÍA GARCÍA GARCÍA solicita que se declare que existió una relación de naturaleza laboral al ejecutar durante 2003 (julio) a 2007 (septiembre) los diversos contratos de prestación de servicios que suscribió con la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, con el objeto de realizar actividades de *Auxiliar de Oficina* y que en consecuencia, se declare 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.

El Despacho procederá entonces 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 personales.

8.1. De la prestación personal del servicio:

De acuerdo con las pruebas aportadas e incorporadas al expediente, se demuestra que **CAROLINA MARÍA GARCÍA GARCÍA** prestó en forma personal sus servicios en desarrollo de distintos contratos de prestación de servicios suscritos con la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, cuya relación quedó consignada en el capítulo de pruebas de esta sentencia. Este aspecto no lo discuten las partes.

Como los contratos de prestación de servicios se realizaron *in tuito personae*, dada la formación profesional de la demandante, no hay duda que la ejecución fue cumplida personalmente por la demandante, según las pruebas que reposan en el expediente.

8.2. De la remuneración:

En el expediente hay prueba de que la actora recibía mensualmente de la entidad una retribución por sus servicios como Auxiliar de Oficina. Así lo certificó la entidad en el documento original que obra folio 54 del expediente y las copias de los comprobantes de pago que reposan a folios 53 a 59 del expediente aportados por la demandante. Las partes tampoco no discuten este aspecto.

8.3. Subordinación o dependencia.

Este es, en últimas, según la Corte, el requisito que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral.

Una cosa 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.

Ya vimos, cómo la Corte Constitucional ha reiterado que “(...) *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.*” (Sentencia C-154 de 1997) (Resalta el Juzgado). Estas circunstancias no se pueden apreciar como una simple relación de coordinación entre las partes, porque de hecho, limitan sin duda la autonomía e independencia del contratista y lo convierten en un trabajador más.

En caso *sub examiné* se comprobó que pese a haberse formalizado la vinculación de la actora a través de contratos de prestación de servicios, a la hora de ejecutarlos existió subordinación a la entidad como si se tratara de una relación laboral, pues la demandante debía recibir y cumplir órdenes impartidas por superiores, cumplir horario, pedir permisos igual que los empleados y compañeros de planta de la entidad, es decir, que los contratos se desarrollaron sin la autonomía legal propia de un contratista y menos en el presente caso que la función de Auxiliar de Oficina, por su naturaleza, no goza de autonomía del contratista, pues como Auxiliar debía recibir órdenes de superiores.

Respecto del cumplimiento de funciones y horario de labores que la entidad exigía a la demandante, ésta allegó al expediente, por ejemplo, un Oficio del 2 de marzo de 2006 (fl 63) en el que la Directora Centro de Especialistas Comercial y Bancario de la entidad le manifestó que su horario de almuerzo era

Expediente: 2013-0293
Actor: CAROLINA MARIA GARCIA GARCIA

de "1:30 a 2:30" y que "deben respetarse" "En razón a la necesidad de tener puntos de atención en toda la jornada y por razones de seguridad personal..."; la demandante tuvo que pedir compensatorios (figura propia solo de los empleados de planta) por los días 6 y 17 de agosto de 2007 por haber laborado el 5 y 19 de mayo de 2007 (folio 65); los contratistas, en tal calidad, no pueden legalmente ser objeto de investigaciones disciplinarias internas, no obstante, como si se tratara de una empleada, la actora fue llamada a *indagaciones preliminares* en diversas oportunidades por la Oficina de Control Disciplinario Interno, incluso con la advertencia de que podía ser asistida por un profesional del derecho, como se verifica en las comunicaciones que le enviaron y que obran a folios 29 a 31 del expediente. Los incumplimientos de las obligaciones de los contratistas deben resolverse, en principio, en el marco del respectivo contrato, y de ser el caso, mediante las acciones contractuales, no a través de procesos disciplinarios, que la ley no prevé para ellos.

También hay prueba de que no tenía libertad para la ejecución de los contratos, por cuanto la actora fue sometida a turnos programados para los funcionarios que se desempeñaban en los cargos de auxiliares, como se verifica en las planillas que reposan a folios 108 a 120 del expediente, en las cuales se le fijaron las agendas de trabajo hasta el año 2007, hecho que no se puede considerar como una simple *relación de coordinación* entre las partes, sino que se trató de *subordinación*.

Así mismo quedó demostrado que la entidad contrataba a la actora bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios para desempeñar el empleo de *Auxiliar de Oficina*, porque la planta de personal no era suficiente, o sea, **para cumplir funciones permanentes y misionales**, lo cual se verifica en la motivación los contratos de prestación de servicios v.gr. el N° 03515- 07 (fls. 115) , en el que se indicó que el contrato con la actora se suscribió porque "(...) *no existe en la actualidad personal de planta suficiente, que pueda satisfacer las obligaciones a cargo de la entidad en procura de cumplir a cabalidad y satisfactoriamente su cometido...*", lo cual fue ratificado por los testigos y la accionante en las declaraciones rendidas en la audiencia de pruebas.

Por consiguiente, se trató del cumplimiento de funciones de **carácter permanente**, para las cuales, por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, menos



aún si se tiene en cuenta que la vinculación de la demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perduró más de 4 años, desde el 01 de julio de 2003 al 30 de septiembre de 2007.

Respecto a tal prohibición la Corte Constitucional en sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012, Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva, sostuvo que “...la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal.” Entendiendo como función permanente, aquella que se desarrolla para “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”.

Así las cosas, desvirtuadas como están 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 **CAROLINA MARÍA GARCÍA GARCÍA** prestó sus servicios a la *ESE Luis Carlos Galán Sarmiento* como *Auxiliar de Oficina* en condiciones prácticas de trabajadora y no de contratista, en forma permanente y continua, por más de 4 años.

8.4. De la indemnización de las prestaciones sociales.

El Consejo de Estado¹⁰ ha manifestado que en los casos en los cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, la parte demandante tiene derecho a recibir **una indemnización** por las prestaciones sociales dejadas de pagar, 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.

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

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 de esta Corporación 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:

*"En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, **tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización**".*

*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.***

Así también lo sostuvo el Consejo de Estado en la sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente No. 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013), C.P. Gerardo Arenas Monsalve:

*"Ello implica que los derechos económicos laborales deban reconocerse, no a título de restablecimiento del derecho, sino a título de indemnización, en tal sentido ha dicho la Sala que **una vez acreditados los elementos propios de la relación laboral, surge el derecho al reconocimiento y pago, como reparación del daño, de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios***

temporales. Valga aclarar que en algunas ocasiones, la Sala ha acudido al valor pactado en el contrato como referente para calcular los derechos prestacionales, sin embargo, ello ha sido porque, a pesar de haberse desvirtuado el contrato de prestación de servicios, el empleo desempeñado por el contratista de servicios no existe en la entidad, siendo necesario acudir al valor pactado en el contrato. No obstante, en el presente caso, las funciones desarrolladas por el actor corresponden a las ejercidas por un médico general, cargo existente en la planta de personal de la entidad, razón por la cual, para los efectos de la indemnización, se tendrá como referente los mismos emolumentos que perciben estos servidores públicos de la entidad.” (Negrillas del Juzgado).

Ahora, indistintamente de que haya existido o no solución de continuidad entre una y otra vinculación, ante el abuso de la entidad de los contratos de prestación de servicios **lo que se debe reparar es el daño antijurídico** que se le causó a la parte demandante. Así lo ha explicado el Consejo de Estado¹¹: *“Si bien debe aceptarse que durante la prestación del servicio se presentaron interrupciones de 1 mes y 20 días; 1 mes y 26 días, 3 meses y 13 días, 17 días, 1 día, 2 días y 1 mes y 21 días, tal situación lo que evidencia es la irregularidad de la Administración al mantener a un contratista prestando labores permanentes y ordinarias al servicio de la Función Pública debiéndose en consecuencia reparar el daño de la conducta antijurídica, al ser imposible retrotraer la situación al estado anterior, derivada de la entidad demandada cuya liquidación incluirá para efectos prácticos la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones pero descontadas del total de las condenas.”*

En el presente caso, según la certificación de la entidad que reposa a folio 54 del expediente, en los contratos de prestación de servicios suscritos por la accionante con la ESE **no hubo solución de continuidad** entre los contratos suscritos desde el 01 de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007. Y si la hubiera, siguiendo el criterio del Consejo de Estado en la precitada providencia *“Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico establece condicionamientos para reconocer la existencia de algunos derechos laborales, siendo uno de estos la ausencia de solución de continuidad entendida como aquella interrupción del servicio por más de 15 días hábiles (Vr. Gr. artículo 10 del Decreto 1045 de 1978), se advierte, que las preceptivas que establecen tales períodos regulan las vinculaciones de carácter legal y reglamentario, siendo inaplicables a las súplicas de la presente demanda por tratarse de un funcionario de hecho.”*

¹¹ Sentencia del 11 de noviembre de 2009, SCA, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Radicación Número: 680001-23-15-000-2004-02350-01(2486-08), Actor: Hilda Sonia Díaz Guzmán

8.5. De la prescripción

8.5.1. Ya se expuso que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes **al rompimiento del vínculo contractual**, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración, ha reiterado el Consejo de Estado¹².

Este Juzgado en la audiencia inicial había declarado la prescripción de los derechos reclamados y ordenado el archivo del caso, porque la reclamación en sede administrativa se hizo por fuera de los 3 años siguientes a la **terminación del último contrato de prestación de servicios**, empero, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl 435 a 442) revocó la decisión porque consideró que la prescripción en este caso debió contarse desde **la liquidación del último contrato** y que por tanto el Juzgado debió continuar el proceso *“para obtener la documental que diera cuenta de tal situación.”*

En obediencia a lo anterior y para tal efecto, el Juzgado requirió a la entidad encargada para que aportara al expediente copia de la liquidación de último contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes; el Ministerio de Salud, a través del *Coordinador del Grupo de Administración de Entidades Liquidadas*, informó al Despacho que el último contrato fue del 05 de julio al 30 de septiembre de 2007 y añadió: *“... se aclara que en la carpeta respectiva no aparece documento en el que conste la liquidación del contrato.”* (Oficio 224488 del 07 de octubre de 2016). (Folio 470)

Téngase en cuenta que el artículo 217 del **Decreto 19 de 2012** suprimió tramites innecesarios en la administración pública y por ello en los contratos de prestación de servicio profesionales y de apoyo a la gestión pública dispuso que *“La liquidación a que se refiere el presente artículo **no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.**”* (Negrillas fuera del texto original)

En vista de que en este caso no existió liquidación del último contrato de prestación de servicios y que por disposición legal no es necesaria, la prescripción debe contarse, en consecuencia, desde **el rompimiento del**

¹² Sentencia del 16 de junio de 2016, Sección Segunda – Subsección “A” Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero Radicación N° 08001233100020030224901 Autoridades Distritales No. Interno: 1317-15 Actor: Angelica De Jesús Villalba Suarez

vínculo contractual, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, o sea, desde la terminación del último contrato, que en este caso lo fue el 30 de septiembre de 2007 (folio 12), y así lo reconocen las partes.

Así las cosas, en el caso *sub exámine* operó la prescripción de los derechos salariales y prestacionales reclamados, por cuanto la demandante presentó la reclamación administrativa el **29 de octubre de 2012**, como se relacionó en el acápite de pruebas de este fallo, es decir, por fuera de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual que tuvo lugar el 30 de septiembre de 2007, se insiste. Los 3 años se cumplieron el 30 de septiembre de **2010** y la reclamación la hizo en **2012**, es decir, más de dos años después.

8.5.2. Otro aspecto a tener en cuenta es que el Consejo de Estado¹³ ha reiterado que el Juez debe resolver sobre la configuración o no del fenómeno jurídico de la prescripción, frente a los derechos que tengan el carácter de prescriptibles, pero **dejando a salvo los derechos pensionales, que no tienen dicha naturaleza.**

Sin embargo, en el caso *sub exámine* la demandante no está pidiendo que se condenen a la entidad a que efectúe los aportes para pensión al respectivo Fondo Pensional, de modo que le sirvan para acrecentar el tiempo y el monto de las cotizaciones pensionales, evento en el cual no operaría a caducidad; lo que pretende es que se le reembolse, a su favor, la cuota parte de cotización pensional que debió hacer la entidad, porque durante la ejecución de los contratos de prestación de servicio ella tuvo que asumir 100% de la cotización para la pensión. En la pretensión número 18 de la demanda así lo pidió: *“Como restablecimiento del derecho se condene solidariamente a las entidades demandadas al reconocimiento y pago a la actora los aportes al sistema de seguridad social en pensiones durante toda la relación laboral”* (Subraya el Despacho) (fl 171). Como se puede observar, lo que pretende es “repetir” o “recobrar” a la entidad demandada la parte de la cotización para pensión que a ésta le correspondía hacer, en vista de que la demandante tuvo que pagar de su peculio el cien por ciento (100%) de dicho aporte.

Siguiendo la orientación jurisprudencial del Consejo de Estado reseñada, lo que la demandante en el fondo pide es una *indemnización* o reparación por haber

¹³ Sentencia del 4 de febrero de 2016, Consejero ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación 27001-23-31-000-2013-00334-01(3275-14).

Expediente: 2013-0293
 Actor: CAROLINA MARIA GARCIA GARCIA

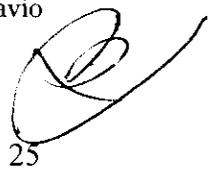
tenido que cotizar por su cuenta la totalidad del aporte para la pensión, reparación que sí está afectada por la prescripción extintiva.

Además, Ley 1066 de 2006, en el artículo 4º dispone que el recobro de cuotas pensionales tiene prescripción, y no se entendería que el recobro de aportes pensionales no la tuviera, con mayor razón cuando el cotizante los reclama para sí y no para que ingresen al sistema pensional. La ley dice: “Artículo 4º. Cobro de intereses por concepto de obligaciones pensionales y prescripción de la acción de cobro. Las obligaciones por concepto de cuotas partes pensionales causarán un interés del DTF entre la fecha de pago de la mesada pensional y la fecha de reembolso por parte de la entidad concurrente. **El derecho al recobro de las cuotas partes pensionales prescribirá a los tres (3) años** siguientes al pago de la mesada pensional respectiva. La liquidación se efectuará con la DTF aplicable para cada mes de mora.” En este caso ya vimos, la reclamación fue después de los 3 años.

Desde otro punto de vista, las cotizaciones para pensión tienen la naturaleza de un *gravamen* de orden *parafiscal* con destinación específica (sistema pensional), en virtud de la soberanía fiscal que tiene el Estado, por tanto, esos recursos no pertenecen **al trabajador**, al empleador ni al presupuesto nacional. El Consejo de Estado¹⁴ lo ha reiterado así: “Ese carácter parafiscal en los términos de la jurisprudencia constitucional implica que tales recursos no pertenecen ni a la Nación, ni a los entes territoriales, ni a las entidades administradoras, ni al empleador. En tal sentido, los recursos con que se financian la conmutación pensional son de naturaleza parafiscal, en tanto están dispuestos para garantizar el servicio de seguridad social de pensiones”

Ahora, si las cotizaciones para pensión son *gravámenes parafiscales*, su recobro debe armonizarse con el artículo 817 del Estatuto Tributario, según el cual “La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años,…” que en presente caso también están superados, por cuanto “la relación laboral” culminó el 30 de septiembre de 2007 y la petición se hizo a la entidad el 20 de octubre de 2012, según lo probado, superando los 5 años.

¹⁴ Sentencia del 17 de marzo de 2016, SCA, Sección Cuarta, Consejero Ponente Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicación 25000-23-37-000-2012-00263-01(20586)



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 prescribieron.

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe. El H. Consejo de Estado ha señalado: “(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”¹⁵ y en vigencia de la Ley 1437/2011 ha reiterado¹⁶, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: “En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, **su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.**” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C.G. del P., dan lugar a las costas.

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

FALLA:

PRIMERO: Declarar de oficio la prescripción de los derechos reclamados en el presente proceso, de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: No se condena en costas ni agencias en derecho a la demandante.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaria del Juzgado devuélvase a la interesada el remanente de lo que consignó para los gastos del

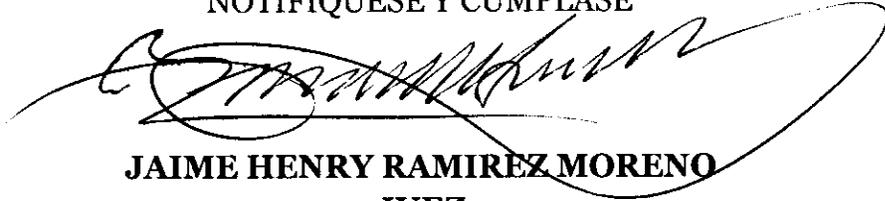
¹⁵ Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C- Sria. EDUCACIÓN.

¹⁶ Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

Expediente: 2013-0293
Actor: CAROLINA MARIA GARCIA GARCIA

proceso, si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JAIME HENRY RAMIREZ MORENO
JUEZ

JHRM

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en **ESTADO ELECTRONICO** (Art 201) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy **7 de febrero de 2017** a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy **7 de febrero de 2017** se envió mensaje de texto de la notificación por **ESTADO ELECTRONICO** de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al artículo 201, párrafo 3 de la ley 1437 de 2011.

Secretaria

