

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales – Caldas, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-33-33-001-2015-00229-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
DEMANDANTE	RIGOBERT GIRALDO TABARES
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS
SENTENCIA	074
ESTADO	033 DEL 29 DE MARZO DE 2023

1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir el fallo correspondiente dentro del presente asunto, radicado con el número 17001-33-33-001-2015-00229-00.

2. PRELACIÓN POR NATURALEZA DEL ASUNTO

Precisa advertir que la Ley 446 de 1998, artículo 18, reglamentó lo relacionado con el turno para proferir sentencias, estableciendo la prohibición de alterar el orden en que hayan pasado al Despacho para fallo, no obstante, consagró una salvedad aplicable en la jurisdicción contenciosa administrativa, según la cual es factible modificar aquél, con fundamento en la naturaleza de los procesos o a solicitud del Agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica o trascendencia social.

Ahora bien, la ley 1285 de 2009 en el artículo 16 otorga prelación de los asuntos en turno para Despacho a aquellos que "... entrañen sólo la reiteración de jurisprudencia".

Revisada la lista de procesos para sentencia entregada a la suscrita, se observa que existen algunos expedientes en turno para fallar que presentan similitud en el medio de control incoado y los supuestos fácticos y jurídicos aplicables a otros asuntos que ya se han resuelto por este Despacho, además de que constituyen

únicamente reiteración de jurisprudencia, en consecuencia, para mayor celeridad en el trámite se procederá a su fallo.

Bajo los anteriores supuestos, se procede a decidir el conflicto.

3. ANTECEDENTES

A continuación, se presenta un resumen de las principales actuaciones procesales en las que intervinieron las partes.

3.1. La demanda

3.1.1. Sustento fáctico y jurídico

La parte actora manifestó, en síntesis, que entre la Gobernación de Caldas – Secretaría de Educación y el señor Rigobert Giraldo Tabares existió una relación laboral desde el año 1999 hasta el año 2003; derivada de la celebración de tres contratos de prestación de servicios.

Señala que no obstante las órdenes de servicio, las labores desempeñadas fueron en forma subordinada y dependiente en estricto horario de trabajo semanal como celador; agrega que las órdenes de pago se imputaban al rubro de sueldos de la unidad 1, Administración General del Presupuesto de Situado Fiscal.

Manifiesta que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, dejó de pagarle al señor Rigobert Giraldo Tabares las prestaciones sociales durante el tiempo que trabajó en los diferentes colegios y escuelas del departamento (aporte a pensión de vejez, trabajo nocturno, extra diurno y nocturno, reajuste salarial anual conforme al IPC, nivelaciones salariales desde el año 1999 a 2003, cesantías e intereses a las mismas, dotaciones).

Agrega que la demandada ha esquivado las obligaciones de una verdadera relación laboral con el señor Giraldo Tabares, para simularla en un contrato de prestación de servicios pagados en forma irregular bajo la modalidad de OPS.

En cuanto a las normas violadas y el concepto de la violación, sostuvo que el fundamento de derecho es la ley 79 de 1981, ley 33 de 1985, decreto 2714 de 2001, decreto 2712 de 1999, decreto 1919 de 2002 y decreto 1133 de 1994.

Indica que el contrato realidad, es sin lugar a dudas un imperativo legal y de orden público, dada la legítima confianza depositada en la administración. Agrega que la administración departamental de Caldas, ha venido errando conceptual y

económicamente al simular verdaderas relaciones laborales con funciones públicas, en contratos con prestación de órdenes de servicio, por lo que las funciones públicas no se pagan con órdenes de servicios, se retribuyen por el estado con sueldos y salarios, por ello se ha contemplado un régimen prestacional del servidor público diferente al sector privado regido por el Código Sustantivo de Trabajo.

De acuerdo a lo anterior concluye que ha sido un exabrupto y una modalidad de simulación de los contratos de trabajo, darles otra modalidad de relación laboral como lo es la prestación de servicios con órdenes de pago, cuando en realidad se trate de un contrato de trabajo subordinado, cuyas labores son públicas, con estricto cumplimiento de horario de trabajo con extensión de jornadas dada la necesidad del servicio.

3.1.2. Pretensiones

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo 2225-6 del 12 de marzo de 2015, mediante el cual se dio contestación al agotamiento de vía gubernativa propuesta por la Gobernación de Caldas – Secretaría de Educación Departamental, por la cual no se accedió a las pretensiones del señor Rigobert Giraldo Tabares.
2. Que como consecuencia de la anterior manifestación se reconozca que el señor Rigobert Giraldo Tabares, trabajó para la Gobernación de Caldas – Secretaría de Educación Departamental, desde el año 1999 hasta el año 2003 en forma subordinada y dependiente como celador.
3. Que se reconozca que la Gobernación de Caldas – Secretaría de Educación, dio por terminada la relación laboral de manera unilateral e injusta.
4. Que se reconozca y ordene el pago de las prestaciones sociales adeudadas, las cesantías y el interés a las cesantías desde el año 1999 al 2003.
5. Que se reconozca y pague la sanción moratoria por la falta de pago de las prestaciones sociales y los aportes a la seguridad social.
6. Que se reconozca y pague la indemnización por la terminación unilateral de la relación laboral.
7. Que se reconozca y pague la sanción moratoria por falta de pago de las cesantías e intereses a la misma.
8. Que se reconozca y pague el valor de las dotaciones desde el año 1999 a 2003.

3.2. Contestación de la demanda

La entidad oportunamente contestó la demanda y, se opuso a las pretensiones y condenas incoadas por la parte accionante; debido a que, en su criterio, no le asisten razones fácticas y legales para hacer la presente reclamación.

Entre otros argumentos, señaló que el artículo 32 de la ley 80 de 1993 facultó a las entidades públicas para efectuar contratos u órdenes de prestación de servicios, los cuales se ejecutarían ante la falta de personal de planta que cubra el servicio contratado. Señala que acerca de los contratos de prestación de servicios la Corte Constitucional y demás organismos judiciales, se han pronunciado en el mismo sentido y corroborado que las vinculaciones de personal mediante órdenes o contratos de prestación de servicios no generan ninguna relación laboral ni el pago de prestaciones sociales.

Señala que el ente demandado se acogió a la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, para garantizar el servicio público de educación como derecho fundamental y el servicio a los niños y adolescentes para recibir educación oportuna por parte del Estado.

Así mismo, hace referencia al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil en el cual se establece la carga de la prueba, señalando que la carga de la prueba para el caso concreto compete a la parte demandante, quien tiene como único fundamento los mismos contratos de prestación de servicios, y no se acompañó a la demanda pruebas que demuestren el nombramiento en provisionalidad, acta de posesión; requisitos esenciales para la configuración del empleo público y para reclamar prestaciones sociales, las órdenes de trabajo suscritas con el demandante se encuentran amparadas en la Ley 80 de 1993 y la ley 715 de 2001.

Seguidamente afirma que de conformidad con el artículo 38 de la Ley 715 de 2001, el demandante gozaba de un derecho preferencial para solicitar de la entidad demandada su vinculación de forma provisional mientras se surtía el respectivo concurso de docentes, derecho del cual no se acogió el demandante en su debida oportunidad y solicita 12 años después el reconocimiento de la relación laboral, por lo que solicita se decrete la caducidad de la acción y la prescripción de las mismas. En consecuencia, agrega que las súplicas de la demanda carecen de fundamento, por lo que solicita que no sean atendidas las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su estrategia de litigio, propuso las excepciones de mérito:

- 1) Prescripción:** Al respecto cito el artículo 175 del CPACA y los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 41 del 3135 de 1968, señalando que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dicho decreto “prescribirán en 3 años contados desde que la obligación sea exigible...”. Igualmente basa su defensa en

lo expuesto a través de línea jurisprudencial del Consejo de Estado fundada en sentencia del 6 de marzo de 2008, indica que, en el presente caso, una vez terminada la relación laboral, el demandante debe reclamar dentro de los últimos 3 años siguientes y demandar oportunamente, so pena de operar el fenómeno de la prescripción extintiva precisamente por inactividad del afectado. Concluye que de haber existido una relación laboral, ha transcurrido el tiempo suficiente entre la vigencia de la última autorización expuesta en la demanda y la reclamación en sede administrativa, motivo por el cual se debe declarar la prescripción.

Agrega que la Corte Constitucional señaló que el derecho al trabajo o la libertad económica son como tales imprescriptibles, por lo cual no puede la ley, por ejemplo, establecer que quien deje de trabajar durante un determinado término pierde la posibilidad de hacerlo. Sin embargo, bien puede la ley señalar que si una persona no reclama en un plazo prudente el dinero que se le debe como producto del trabajo realizado, entonces pierde el derecho a exigir ese dinero sin que se pueda decir que está afectando su derecho al trabajo como tal, el cual sigue siendo imprescriptible. Concluye que, de haber existido una relación, ha transcurrido el tiempo suficiente entre la vigencia de la última autorización expuesta en la demanda y la reclamación en sede administrativa, por lo que solicita se declare prospera la excepción de prescripción.

2) Caducidad: Afirma que, para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico, motivo por el cual las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley y de no hacerlo a tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho. Puntualiza que el término para ejercer el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en relación con actos precontractuales, el artículo 164 del CPACA señaló que la demanda deberá presentarse dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.

3) Ausencia de soporte probatorio que demuestren los extremos de una relación laboral: Para fundamentar este medio de defensa indico que no se anexó medio de prueba que demuestre los extremos de una relación laboral propiamente dicha de la cual se concluya o derive el pago de las prestaciones sociales pretendidas.

Agrega que en todo proceso de contrato realidad la parte demandante debe ejercer una actividad probatoria tendiente a demostrar que durante la prestación del servicio se configuraron los elementos propios de una relación laboral, tales como la subordinación, el cumplimiento de horarios, una remuneración que permita concluir que efectivamente se configuró una relación laboral.

Agrega que el artículo 32 de la ley 80 de 1993 estableció que en los casos en los cuales las entidades vinculen personal a través de prestación de servicios no habrá lugar al pago de prestaciones sociales de ninguna índole, de donde se desprende que la actuación de la entidad demandada fue legal y ajustada a derecho. Concluye que ante la ausencia probatoria del caso que nos ocupa y la legalidad de la actuación de la entidad demandada, únicamente puede proferirse un fallo que niegue las pretensiones de la demanda.

- 4) **Excepciones genéricas:** Al respecto señaló que la jurisprudencia, ha establecido que lo importante no es el nombre que se le dé a la excepción de fondo, sino la relación de los hechos en que se apoya, motivo por el cual solicita declarar de oficio las excepciones que resulten probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

3.3. Fijación del litigio

Seguidamente al agotamiento de cada una de las etapas procesales previas a la citación de la audiencia inicial (admisión de la demanda, traslado de la demanda, admisión de llamamientos en garantía, entre otros), el Despacho dispuso celebrar la diligencia del art. 180 del CPACA. En ella se propuso tener por probado lo siguiente:

1. El señor Rigobert Giraldo Tabares prestó sus servicios al Departamento de Caldas como celador durante los siguientes períodos, como se observa en las constancias de nómina que se adjuntaron al proceso, así:
 - Diciembre de 1999 (fl. 23 C1)
 - De junio a diciembre de 2001 (fl. 25 C1)
 - De enero a noviembre de 2002 (fl. 24 C1)

También se observa de las constancias de nómina que el señor Rigobert Giraldo Tabares percibió remuneración a cargo del departamento así:

- Año 1999: sueldo, auxilio de transporte, alimentación, recargo nocturno, horas extras nocturnas, horas extras nocturnas festivas, dominicales y festivos.
- Año 2001: sueldo, auxilio de transporte, alimentación, recargo nocturno, celador nocturno una vez, horas extras nocturnas, horas extras nocturnas festivas, dominicales y festivos, dominicales y festivos una vez.
- Año 2002: sueldo, sueldo vacaciones, auxilio de transporte, alimentación, recargo nocturno, celador nocturno una vez, prima navidad, prima de vacaciones, horas extras nocturnas, horas extras nocturnas festivas, dominicales y festivos una vez, prima de servicios una vez, bonificación por servicios prestados una vez, bonificación recreacional, sintrenal, sin homologar.

Con base en los documentos que reposan en el expediente y lo expuesto tanto por la parte demandante como por la entidad demandada, se puede tener por cierto que efectivamente el demandante estuvo vinculado al servicio del Departamento de Caldas entre los períodos de diciembre de 1999, junio a diciembre de 2001 y enero a noviembre de 2002 en el cargo de celador con interrupciones de su servicio durante todos los años que estuvo vinculado, evidenciándose que el accionante nunca laboró un año completo, y que el departamento de Caldas no canceló ningún valor por concepto de seguridad social (salud, pensión, riesgos laborales) durante el tiempo que estuvo vinculado.

El punto litigioso se contrae entonces a establecer si en este caso es procedente declarar la existencia de una relación laboral, por darse durante la ejecución de dichos contratos los elementos constitutivos de ese tipo de vínculos y, por tanto, si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de las prestaciones a que da origen una relación laboral, según la jurisprudencia del Consejo de Estado y en caso de ser afirmativa la respuesta a tal problema jurídico, se debe resolver si se presenta el fenómeno prescriptivo frente a algunas de las acreencias laborales reclamadas en este proceso.

La anterior fijación se puso en conocimiento del Ministerio Público, quien manifestó estar de acuerdo con ella.

3.4. Alegatos de Conclusión

De acuerdo con la constancia secretarial visible en el folio 95 del cuaderno 1, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

3.5. Las pruebas relevantes que obran en el expediente

- Solicitud de audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad (fl. 7 C1).
- Conciliación extrajudicial – Procuraduría 179 Judicial I para Asuntos Administrativos (fls. 8 - 11 C1).
- Agotamiento de la vía gubernativa (fl. 12 – 19 C1).
- Resolución No. 2225-6 del 11 de marzo de 2015 por medio de la cual se niega el reconocimiento de la existencia de una relación laboral (fl. 20 C1).
- Cédula de ciudadanía del señor Rigobert Giraldo Tabares (fl. 22 C1).
- Desprendibles de nómina de los años 1999, 2001 y 2002 en los cuales constan los conceptos de pagos recibidos por el señor Rigobert Girado Tabares (fl. 23 – 26 C1).

4. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia: El Juzgado es competente para conocer, en primera instancia, del presente proceso, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del CPACA.

4.2. Saneamiento: Revisado el trámite que se le impartió a este proceso, el Despacho encuentra que no se evidencian irregularidades que vicien la actuación y que se constituyan en causales de nulidad. Por lo anterior, y por encontrarse agotadas las etapas procesales necesarias para que sea viable proferir sentencia, el Juzgado procederá así, de conformidad con lo establecido en el art. 187, en concordancia con el inciso final del art. 181 del CPACA.

4.3. Problema Jurídico: De acuerdo con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, el debate se contrae a establecer:

¿Existió entre el demandante Rigobert Giraldo Tabares y la Secretaría de Educación - Departamento de Caldas desde el año 1999 al año 2003 una relación contractual que se enmarca en los parámetros de una relación laboral que permite aplicar la teoría del contrato realidad?

Si la respuesta al anterior interrogante es positiva se deberá resolver:

¿Hay lugar a la declaratoria de la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio demandado?

¿Cuáles son las acreencias laborales a las que tiene derecho?

Para resolver los anteriores interrogantes se efectuará un análisis jurídico y jurisprudencial. Con dichos argumentos se resolverán, en consecuencia, las excepciones de mérito que hayan sido propuestas.

4.4. Tesis del Despacho

El señor Rigobert Giraldo Tabares tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones laborales inherentes a una verdadera relación de carácter laboral. En el proceso se demostró la configuración de cada uno de los requisitos para ello, es decir: la actividad personal, la permanencia, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y una retribución económica por el servicio. Obviamente tales pagos están sometidos al análisis de la figura prescriptiva en frente a derechos susceptibles de tal fenómeno.

Esta conclusión se funda en los siguientes elementos jurídicos, fácticos y jurisprudenciales:

4.5. Contexto normativo y jurisprudencial

La Constitución Política de Colombia estableció la dignidad humana como uno de sus principios fundamentales. En coherencia con ello, prescribió como derechos fundamentales el derecho a la igualdad (artículo 13) y el derecho al trabajo (artículo 25), en un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo.

En materia laboral, en el artículo 53 advirtió:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

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

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden

menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

De lo anterior se concluye que la finalidad del constituyente fue imponer al legislador la consagración uniforme de los principios mínimos fundamentales para la protección de los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley en los distintos regímenes. Evidenciando así el proceso de Constitucionalización del derecho laboral y del derecho administrativo, ante el evidente proceso de impregnación del sustrato dogmático y teleológico de la Constitución en toda la legislación.

No es gratuito que la Asamblea Nacional Constituyente haya adoptado esta posición, pues se trataba de cumplir con las imposiciones internacionales del Bloque de Constitucionalidad, que por vía de los artículos 93, 94 (y otros de la carta), se implantó en Colombia. De hecho, desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹, expresamente consagró en su Preámbulo el «reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor» premisa que se analizó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT² al señalar: «todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto».

Ahora, legalmente, los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, señalaron que para la existencia de una relación de naturaleza laboral es necesario verificar el cumplimiento de los siguientes elementos:

i) La actividad personal del trabajador; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y **iii)** un salario como retribución del servicio.

En este orden de ideas, en reiterada jurisprudencia, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha desarrollado el contenido de estas directrices legales

¹ Aprobada en 1919.

² Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967.

para explicar (en sentencia del 4 de febrero de 2016, expediente 0316-14), los elementos de la relación laboral así:

“(...) (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y, (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión (...).”

*Valga resaltar que estos lineamientos jurisprudenciales fueron acogidos y citados en una sentencia reciente de esa misma Corporación, con ponencia del consejero Rafael Francisco Suarez Vargas del **veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018)**³.*

Así mismo, es importante traer a colación la sentencia de unificación 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) dictada el 9 de septiembre de 2021, en la cual se hacen importantes precisiones sobre el uso del contrato de prestación de servicios y como se ha convertido en una herramienta para desconocer los derechos laborales y garantías de los trabajadores colombianos.

“2.2.1.1. Precisiones sobre el uso del contrato estatal de prestación de servicios

66. A pesar de las constantes advertencias y recomendaciones de la Corte Constitucional para que los entes estatales cesen en «el uso indiscriminado»¹² de la contratación por prestación de servicios, esta práctica no solo persiste, sino que se ha extendido. Tanto es así, que el Alto tribunal ha llegado a señalar en algunos fallos de tutela que la Administración «viola sistemáticamente a la Constitución» cuando emplea de forma excesiva este tipo de contratos, pues «desconoce las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución

³ Proceso con radicación n° 20001-23-39-000-2015-00235-01(0500-17).

consagra». En la sentencia T-723 de 2016, lo expuso de la siguiente manera:

[...]

El uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios constituye una violación sistemática de la Constitución, razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado.¹³ (Negrilla fuera del texto original)

67. El hecho de que la Corte Constitucional manifieste que «el uso indiscriminado de los contratos de prestación de servicios constituye una verdadera vulneración sistemática de la Constitución» debe, cuando menos, llamar la atención de esta Sala. Esta conclusión, consolidada en múltiples fallos de tutela, muestra que al interior de algunas entidades públicas se ha impuesto, como práctica extendida, una violación al orden constitucional por parte del Estado, que por mandato de la Carta, es el primer llamado a ser el referente ético de su cumplimiento.

68. Tal es la preocupación por el abuso de esta figura contractual, que incluso la Organización Internacional de Trabajo (OIT), advirtiendo la expansión de esta actividad fraudulenta en varios ordenamientos, a través de la Recomendación 198 de 2006, invitó a los Estados miembros a reconocer y proteger los derechos de los trabajadores y a contribuir a la eliminación de las prácticas de empleo encubierto, y los exhortó a desarrollar políticas públicas de protección de los trabajadores que incluyeran, «por lo menos», medidas tendientes a:

(b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho;¹⁴ (Negrillas fuera del texto).

69. Si se comparan, no existe gran diferencia entre el contrato de prestación de servicios (que oculta una relación laboral) y el empleo encubierto que define en este caso la OIT. Al igual que este, presenta «una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley»;¹⁵ una práctica contractual que se ve favorecida por la ambigüedad de las obligaciones de las partes interesadas, o «cuando existen vacíos o insuficiencias en

la legislación, inclusive con respecto a la interpretación o la aplicación de las disposiciones jurídicas».16

70. De ahí que en el escenario nacional, y, particularmente, en el caso del contrato de prestación de servicios, la proliferación de demandas que alegaban el ocultamiento de relaciones laborales obligó a esta jurisdicción a desarrollar el concepto del «contrato realidad», con sustento en el artículo 53 de la Constitución Política, estableciendo la primacía de la situación fáctica objetiva sobre el nomen iuris que se le hubiera aplicado. Un criterio que ya venía consolidado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en innumerables fallos de tutela, que, hasta la fecha, no ha modificado, pues sigue evidenciando esta mala práctica en la Administración, hasta el punto de exhortarla a prescindir de ella y a encaminarse hacia un uso estricto del contrato. Infortunadamente, estas solicitudes, en la mayoría de las ocasiones, han resultado infructuosas.”

Con este marco normativo y jurisprudencial, se procederá al estudio del caso concreto, sin perjuicio que en ese debate se hagan otras alusiones jurisprudenciales.

4.6. El Caso Concreto

Para demostrar la relación laboral, como se dijo precedentemente, es necesario establecer los tres elementos existentes para este tipo de vinculación, esto es: i) La prestación personal del servicio, ii) La subordinación y iii) La remuneración. En consecuencia, el Despacho procederá a estudiar cada uno de estos elementos, para determinar si se encuentran configurados en el asunto bajo examen:

4.6.1. La prestación personal del servicio:

Para demostrar este elemento en primer lugar se debe señalar que en la fijación del litigio se dio por cierto que el señor Rigobert Giraldo Tabares laboró para el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación como celador desde el 1° de diciembre de 1999 hasta el 31 diciembre de 1999, desde el 1° junio de 2001 hasta el 31 diciembre de 2001 y desde el 1° de enero de 2002 a 31 de noviembre de 2002.

Sobre la etapa procesal denominada fijación del litigio el Honorable Consejo de Estado ha dicho⁴:

“4.2 Fijación del litigio

⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE. Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019) Radicación Número: 11001-03-28-000-2018-00035-00 principal 11001-03-28-000-2018-00033-00

4.2.1 Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se estableció una fase procesal denominada fijación del litigio, cuya principal función es concretar los hechos probados y determinar los aspectos fácticos que son objeto de debate. Se busca que allí se delimiten las actuaciones del juez y de las partes, se fije el alcance de las pretensiones y los hechos en que se fundamentan y se precise el acervo probatorio que permita llegar a una acertada solución jurídica de la controversia. Adicionalmente, constituye una garantía del debido proceso pues define el marco en el cual se ha de desarrollar el debate y los aspectos sobre los que los sujetos procesales ejercen el derecho de defensa y contradicción.

4.2.2 Frente a la importancia de la fijación del litigio, esta Corporación en reciente jurisprudencia⁵ ha expuesto:

*“... En consecuencia, si bien esa fijación guía la senda en que se inicia el descubrimiento de los elementos materiales para arribar a una decisión, ella no puede condicionar el resultado de esta; pues este solo se podrá determinar cuándo se valoren las pruebas, se reconstruyan las argumentaciones, se determine la línea jurisprudencial aplicable al caso, para resolverlo definitivamente.
/.../*

Esta sección, ... acepta sin reticencia alguna que la fijación del litigio determina la conducta de las partes y del juez...”

4.2.3 Conforme con lo anterior, al erigirse la fijación del litigio como la ruta que deben seguir los sujetos procesales y el juez de la causa, se entiende que el mismo irradia de manera inescindible la decisión que debe adoptar el operador judicial frente a las pruebas solicitadas por las partes y, llegado el caso, las de oficio que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad procesal. (...)” /Subraya del Despacho/

Así mismo, se tomaron los testimonios rendidos por los señores **Carlos Alberto Salazar y Edinael Betancur Franco**, el primero de ellos en su declaración sostuvo:

- a) Sobre si conoce al señor Rigobert Giraldo Tabares, manifiesta que lo conoce hace 17 años porque trabajaron juntos en el Departamento de Caldas b)

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 15 de octubre de 2015. M. P. (E): Alberto Yepes Barreiro, Rad. 1001-03-28-000-2014-00139-00. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 3 de diciembre de 2015. M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad.: 11001-03-28-000-2014-00135-00. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 24 de mayo de 2018. M.P: Rocío Araújo Oñate, Rad.: 47001-23-33-000-2017-00191-02.

señala que el demandante trabajaba para el Departamento de Caldas como celador de escuela a través de prestaciones de servicios, la cual duraba un año y terminado el año, salían a vacaciones durante 15 días y empezaban un nuevo contrato aproximadamente a los 15 días **c)** el testigo indicó que era super numerario por lo que lo rotaban por todas las escuelas, preciso que trabajo en las siguientes escuelas Andrés Bello, José Asunción Silva, Manuelita Saenz, Jhon Kenedy en Minitas **d)** no recuerda puntualmente en cuál escuela trabajaba el demandante Rigobert Giraldo Tabares **e)** sobre las tareas desempeñadas por el demandante en el cargo de celador señala que presume que hacía las mismas tareas que él hizo toda vez que tenían el mismo cargo, entre ellas la de cuidar el colegio durante la noche, ingresar a una hora respectiva, pasar revista, confirmar el estado de las cosas y hacer una bitácora de la noche y pasar el respectivo reporte al jefe inmediato, quien era el rector **f)** el demandante y el testigo no coincidieron en ningún colegio **g)** el jefe inmediato era el rector del colegio y el jefe general el secretario de educación **h)** las órdenes para la prestación de servicios las hacía el secretario de educación **i)** el testigo sabía que el demandante era de ese grupo de celador de colegio porque se encontraban en el banco cafetero para reclamar el cheque a través del cual les pagaban el sueldo **j)** el testigo y el demandante se encontraron varias veces en la secretaría de educación para reclamar el cheque a través del cual pagaban los servicios **k)** cree que el demandante estuvo aproximadamente 3 años trabajando con el Departamento **l)** el sueldo que ganaban era el salario mínimo **m)** no les pagaron prestaciones sociales **n)** el horario de 9:00 p.m. a 6:00 a.m. **o)** no pagaban horas extras **p)** cree que si le pagaban cesantías **q)** el servicio de salud debía pagarlo cada celador **r)** el testigo trabajó aproximadamente 6 años y 15 días **s)** la prestación del servicio se terminó con el Departamento de Caldas porque fueron pasados al Municipio de Manizales y mejoraron las condiciones laborales **t)** los permisos los daba el rector **u)** si había algún inconveniente disciplinario se reportaba a la coordinadora del colegio quien pasaba el respectivo informe al rector.

Declaración rendida por el señor Edinael Betancur Franco, quien en su declaración sostuvo:

- a) Sobre si conoce al señor Rigobert Giraldo Tabares señala que lo conoce desde que trabajaban en el Departamento de Caldas porque se encontraban cuando reclamaban el cheque del sueldo, en el año 1999 conoció personalmente a Rigobert Giraldo Tabares y sabían en qué institución

trabajaban y cuál era el cargo desempeñado, señala que el demandante trabajaba en la institución educativa Francisco Miranda porque el señor Rigobert le comentaba que ahí trabajaba **b)** se veía con el demandante desde el año 1998 hasta el año 2003 cada vez que reclamaban el cheque del sueldo cada mes **c)** el cheque lo reclamaban en el edificio de la licorera **d)** las órdenes de prestación de servicios las reclamaban en el edificio de la licorera al señor José Abel o a la señora Alba Lucia Trujillo **e)** las órdenes puntuales sobre el servicio las daba el rector, quien asignaba las funciones **f)** el horario de trabajo del testigo eran 8 horas o más algunas veces **g)** no les pagaban salud, subsidio familiar, pensión, dotación, no estaban afiliados a salud ni pensión, el testigo estaba en el régimen subsidiado **h)** señala que Rigobert Giraldo Tabares era auxiliar de servicios, aclara que eran compañeros de empresa (departamento de caldas) pero no compañeros de institución educativa **i)** en diciembre salían a vacaciones y la orden no se las daban inmediatamente sino que aproximadamente unos 15 días después de estar trabajando **j)** no tenían ninguna dotación para desempeñar el servicio de celaduría **k)** el rector era quien exponía las faltas disciplinarias ante la secretaría de educación para tomar las acciones disciplinarias respectivas **l)** señala que en el año 2003 se acabó la prestación de servicios con el Departamento de Caldas y pasaron al Municipio de Manizales y tuvieron todos los parafiscales (salud, pensión, subsidio familia), no recuerda puntualmente si el demandante también pasó al Municipio de Manizales **l)** el sueldo era aproximadamente \$260.000 y sí le pagaron cesantías.

Las dos declaraciones transcritas permiten inferir que el señor Rigobert Giraldo Tabares, fue vinculado al Departamento de Caldas y hacia parte de la planta de personal del ente territorial y ejercía el cargo de celador, igualmente puede tenerse como útil lo relacionado con los aspectos generales de cómo era la vinculación por órdenes de prestación de servicios en los colegios de Manizales para cumplir labores de celaduría, la remuneración mensual que recibía y que las órdenes sobre el cumplimiento de las labores provenían de los rectores o coordinadores de los establecimientos educativos.

De acuerdo a lo anterior se puede inferir que el señor Rigobert Giraldo Tabares, fue vinculado al Departamento de Caldas para ejercer el cargo de celador.

4.6.2. Remuneración o retribución por el servicio prestado:

Frente al elemento de la remuneración, advierte el Despacho que en el cartulario reposan los documentos denominados sistema de nómina, correspondientes al señor Rigobert Giraldo Tabares durante los años 1999, 2001 y 2002 /fls 23 a 26 C1/.

Estos documentos dan cuenta del reconocimiento y pago por parte del Departamento de Caldas y a favor del señor Rigobert Giraldo Tabares de los siguientes conceptos durante los años 1999, 2001 y 2002, por los servicios prestados en el cargo de celador: sueldo, auxilio de transporte, sueldo recargo nocturno, horas extras nocturnas, horas extras nocturnas festivas, dominicales y festivos, sueldo vacaciones, prima de vacaciones.

4.6.3. La continuada subordinación o dependencia:

Debe indicarse que la subordinación es un elemento esencial del contrato de trabajo, en los términos descritos en el artículo 23 del CST, y el cual es considerado por la doctrina como el determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues este elemento faculta al empleador a exigir el cumplimiento de órdenes, la sujeción a un horario de trabajo, el sometimiento a metas, objetivos y directrices, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario.

Bajo esta concepción lo primero que adquiere importancia para el Despacho es la eventual sujeción o dependencia que desde diversos ámbitos se haya o no manifestado durante la relación contractual en el *sub lite*, aspecto sobre el cual se edifican las pretensiones del demandante.

Un primer punto de referencia para establecer si existía dependencia o subordinación como elemento de una eventual relación que rebase los límites contractuales de prestación de servicios, se daría en el supuesto de que el accionante Rigobert Giraldo Tabares cumpliera con una jornada laboral u horario de trabajo en igualdad de condiciones con los empleados de planta de la entidad convocada por pasiva, como efectivamente se pudo constatar a partir de la prueba documental y testimonial.

Bajo esta perspectiva queda demostrada, además de la prestación personal del servicio y la remuneración mensual, una continua subordinación del accionante frente a la entidad demandada que desborda completamente la coordinación normal que existe entre contratante y contratista, dependencia basada esencialmente en: (i) las directrices que debía atender el señor Rigobert Giraldo Tabares, y que refutan la autonomía que debe guiar al contratista en esta tipología contractual y (ii) el cumplimiento de horario de trabajo de acuerdo con lo establecido por la entidad, a

través del respectivo Secretario de Educación o del rector de la Institución a donde era enviado el actor.

En conclusión, el cuerpo probatorio plurimencionado permite desvirtuar el carácter contractual de prestación de servicios de la relación que ligó a las partes durante el mes de diciembre de 1999 /fl. 23 cdno 1/; de junio a diciembre del año 2001 /fl. 25 cdno 1/; de enero a noviembre 2002 /fl. 24 cdno 1/, dando lugar a una verdadera relación laboral administrativa, calidad que emerge de la claridad que brinda el soporte probatorio aportado.

No obstante, quedó igualmente establecido el reconocimiento y pago por parte del Departamento de Caldas al señor Rigobert Giraldo Tabares de los siguientes emolumentos durante los mismos periodos de tiempo referidos de manera precedente: sueldo, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios. Por tal razón, si bien se demostró la existencia del contrato realidad, no habrá lugar a decretar el reconocimiento de los créditos laborales taxativamente señalados en precedencia, toda vez que fueron cancelados de manera oportuna por el Departamento de Caldas.

Ahora bien, no resultó acreditado por el ente territorial el reconocimiento y pago de las cesantías y los intereses a las cesantías durante el tiempo en que quedó demostrada la existencia del contrato realidad, en tal sentido el demandante tendría, en principio, derecho al reconocimiento de dicha prestación social. Se indica que, en principio, toda vez que resulta indispensable analizar la ocurrencia o no del fenómeno de la prescripción trienal, como antes se dijo, lo que se hará más adelante.

En cuanto a la indemnización por terminación unilateral de la relación laboral, como alegó el actor en su escrito de demanda, dirá el Despacho que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y, adicional a ello, debe decirse, que la relación -que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es de índole laboral-, con la entidad demandada terminó al vencimiento de la última orden de prestación de servicios en el año 2002, situación que difiere de los motivos que dan lugar a una terminación unilateral de un contrato laboral.

4.6.4. La prescripción en los contratos realidad

En torno a la extinción de los derechos derivados de una relación contractual en la que se demuestra la existencia de un contrato de trabajo, en aplicación de la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, la Sección Segunda del Consejo de

Estado consideró, por algún tiempo, que en estos casos no había una fecha a partir de la cual se pudiera predicar la exigibilidad del derecho. Por ello la prescripción debía contarse a partir de la sentencia que declare el derecho, postura explicada, en los siguientes términos:

“Como se observa, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que en el contrato de prestación de servicios, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica. No resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia, si se tiene en cuenta que como se advirtió, dicha figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, derecho que solo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral.”⁶

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacía el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad.”⁷

Ahora bien, la anterior tesis se aplicó por un buen tiempo y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; empero, sin embargo, la subsección A de esa misma Corporación, a partir de la sentencia de tutela emitida el 06 de septiembre de 2013, estimó que la reclamación

⁶ Sentencia 6 de marzo de 2008, M. P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Exp. 2152-06, Actor: ROBERTO URANGO CORDERO.

⁷ Sentencia de febrero 19 de 2009, Consejera Ponente: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, expediente No. 730012331000200003449-01, No. Interno: 3074-2005

de los derechos laborales derivados de la declaración del contrato realidad, debe efectuarse dentro del término de tres años, so pena de operar el fenómeno de la prescripción derivada de la inactividad del interesado. Es así como en esta providencia concluyó:

“[...] El Tribunal Administrativo del Chocó, declaró de oficio la prescripción de las prestaciones sociales reclamadas por la actora derivada del contrato de prestación de servicios, con fundamento en lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, y consideró que no era procedente aplicar la Jurisprudencia del Consejo de Estado ya referida, bajo el argumento que la misma no era aplicable al caso de la demandante, por cuanto la reclamación que hizo al ente Universitario se efectuó 14 años después de fenecido el vínculo contractual, es decir, en forma extemporánea de tal forma que no tuvo la virtualidad de suspender el término de prescripción.

La Sala negará el amparo impetrado, pues si bien ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido señalado por la parte actora, lo cierto es que la misma se ha aplicado a situaciones en que los interesados han reclamado ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito. [...]”⁸ (Subrayado del Despacho).

La anterior postura fue reiterada por la Sección Segunda, Subsección A; como en la emitida el 09 de abril de 2014, con ponencia del consejero Luis Rafael Vergara Quintero dentro de la actuación radicada 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13), sin embargo, posteriormente por parte de la Subsección B de la misma corporación, se acogió un criterio distinto respecto a la forma de contabilizar el término prescriptivo.

Es así como en providencia del 11 de marzo de 2016, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso radicado 47001233300020140015601, se expuso:

“Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral.”

Ante la evidente disparidad de criterios, el 25 de agosto de 2016, la Sección Segunda emitió sentencia de unificación respecto a dos temas atinentes con el contrato realidad, el primero relacionado con el ingreso base que debe tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a las que se tengan derecho una vez declarada la relación laboral, y el segundo, referido

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, Sentencia del 6 de septiembre de 2013, Expediente N°: 11001-03-15-000-2013-01662-00.

a la prescripción de los derechos reclamados, concretamente en cuanto a la fecha a partir de la cual debe contarse dicho término⁹.

En punto al último cuestionamiento, la Sala Plena concluyó:

(...) Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. **Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.** Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales (...).

En aplicación de los anteriores lineamientos a los que se acoge el Despacho, tenemos que la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales por la parte actora, fue radicada ante la entidad demandada el 06 de febrero de 2015 /fls. 12 a 14 C.1/, por ende, el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados del contrato realidad se encuentran prescritos; ello, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización del respectivo periodo contractual y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, toda vez que se dio por hecho en la fijación del litigio que el señor Rigobert Giraldo Tabares finalizó sus servicios el 31 de noviembre de 2002.

Ante la ocurrencia del fenómeno de la prescripción, no resulta necesario analizar la procedencia o no del reconocimiento de las dotaciones pretendidas por el demandante.

Sin embargo, el mismo tratamiento no puede darse a los aportes a la seguridad social en pensiones, lo cual se estudia a continuación.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, expediente 230012333000-2013-00260-01 (0088-2015)

4.6.5. Frente a los aportes al sistema integral de seguridad social en Pensiones

La parte demandante solicitó se condene a reconocer y pagar el valor de los aportes al sistema de seguridad social (pensión y salud).

Sobre este punto el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de julio de 2018¹⁰, ordenó a la entidad demandada en dicho proceso, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante por los periodos laborados por prestación de servicios para determinar si existía diferencia entre los aportes realizados y los que se debieron efectuar.

En caso de comprobar alguna diferencia, se debía cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por aportes a pensión, **solo en el porcentaje que le correspondía como empleador**. Para ello, el demandante debía acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo de duración de los contratos, y en caso de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendría la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador.

Es sabido que, para la ejecución de los contratos de prestación de servicios, es necesario el pago por concepto de aportes a salud y pensión, no obstante, en el plenario no se acreditaron los pagos que el demandante efectuó, en el conjunto de documentos aportados por la entidad demandada.

Por esta razón, conforme a la sentencia del Consejo de Estado en cita, se ordenará que el DEPARTAMENTO DE CALDAS proceda a liquidar, tomando el ingreso base de cotización o IBC pensional¹¹ del demandante dentro del periodo laborado por prestación de servicios, mes a mes, y verifique si existe diferencia entre los aportes realizados por el accionante como contratista, y los que se debieron efectuar y, en caso afirmativo, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el señor Rigobert Giraldo Tabares deberá acreditar ante el DEPARTAMENTO DE CALDAS las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. Radicado: 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14) M.P. William Hernández Gómez

¹¹ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

porcentaje que le incumbía como trabajador.

4.6.6. Del Restablecimiento del derecho

Se condenará al DEPARTAMENTO DE CALDAS a cancelar los aportes al sistema de seguridad social, durante el tiempo comprendido desde el 1° de diciembre de 1999 hasta el 31 diciembre de 1999, desde el 1° junio de 2001 hasta el 31 diciembre de 2001, desde el 1° de enero de 2002 a 31 de noviembre de 2002, para lo cual tomará el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

4.6.7. Condena en costas

Con base en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021, toda vez que la demanda y su contestación se presentaron con fundamentos legales razonables, no se condenará en costas.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales -Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de 'PRESCRIPCIÓN', propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, salvo en lo relacionado con el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensión.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No 2225-6 del 11 de marzo de 2015, mediante la cual se negó la relación laboral existente entre el señor **RIGOBERT GIRALDO TABARES** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

En consecuencia, **DECLARAR** que entre ambos extremos procesales existió una relación laboral desde el desde el 1° de diciembre de 1999 hasta el 31 diciembre de 1999, desde el 1° junio de 2001 hasta el 31 diciembre de 2001, desde el 1° de enero de 2002 a 31 de noviembre de 2002.

A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **DEPARTAMENTO DE CALDAS** a cancelar los aportes al sistema de seguridad social, durante el tiempo comprendido desde el 1° de diciembre de 1999 hasta el 31 diciembre de 1999, desde el 1° junio de 2001 hasta el 31 diciembre de 2001, desde el 1° de enero de 2002 a 31 de noviembre de 2002, para lo cual tomará el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN COSTAS, por lo brevemente expuesto.

QUINTO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA YANETH MUÑOZ GARCÍA
JUEZ

Firmado Por:
Claudia Yaneth Muñoz Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
001
Manizales - Caldas

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

Código de verificación: **61ea262203b615b2625bbfdabda2ae9d7e7f81635db15ba672d9547383679a22**

Documento generado en 28/03/2023 04:30:09 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>