



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO SECCIÓN SEGUNDA

Juez, Doctora MARÍA TERESA LEYES BONILLA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA N° 078 de 2020

Radicación: **110-01-33-35-023-2017-00353-00**
Demandante: **JUAN CARLOS RAMIREZ MORENO**
Demandado: **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – ARCHIVO GENERAL DE LA NACION**

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el **JUZGADO 23 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

1. ANTECEDENTES

El señor **JUAN CARLOS RAMIREZ MORENO**, actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, presentó demanda tendiente a que se declare la nulidad del Oficio No. 20170990678691 del 12 de junio de 2017 y del Oficio No. 2-2017-01557-DAS del 05 de octubre de 2017.

Que como consecuencia de ello, se declare que existió una verdadera relación laboral, entre él y el extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS y se proceda a realizar la devolución de los aportes, cotizaciones patronales en salud, pensiones, y le pague todas las acreencias laborales percibidas durante el periodo de vigencia de los contratos.

2. HECHOS DE LA DEMANDA

Las partes están de acuerdo en la existencia de los siguientes hechos que están demostrados con documentos aportados por la parte demandante, expedidos por la entidad demandada y que no fueron tachados de falsos:

1.-) El señor JUAN CARLOS RAMIREZ MORENO prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Seguridad DAS desde el 04 de septiembre de 2012 (fol. 124) hasta el 27 de junio de 2014.

2.-) El **01 de junio de 2017**, el demandante interpuso derecho de petición ante la Fiduciaria La Previsora S.A, solicitando el reconocimiento y pago de acreencias laborales, expidiendo esa entidad el Oficio No. **20170990678691 del 12 de junio de 2017** –acto acusado-, negando las pretensiones del demandante. (fl. 3-6)

3.-) El **01 de junio de 2017**, el demandante elevó derecho de petición ante el Archivo General de la Nación; solicitando el reconocimiento y pago de acreencias laborales, profiriendo esa entidad el Oficio No. **2-2017-01557-SDAS** –acto acusado-, negando las pretensiones del demandante. (fl. 15-24).

4.-) Se tienen en cuenta la documental allegada con la demanda.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

Violación de normas constitucionales: artículo 1, 2, 13, 25, 53, 83, 90, 122, 123, 125 y 290.

Violación de normas legales:

Ley 446 de 1998, ley 443 de 1998, decreto 3135 de 1968, entre otros.

Manifiesta el apoderado del demandante que el Departamento Administrativo de Seguridad DAS suprimido, con el acto demandado olvidó por completo que los trabajadores están amparados por unos principios mínimos fundamentales que tienen respaldo constitucional, hacen parte de los derechos sustantivos y por lo tanto prevalecen sobre cualquier consideración formal, y al utilizar una contratación como la amparada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como es los contratos de prestación de servicios personales la cual solamente debe ser utilizada para determinados casos específicos y que para el caso que nos ocupa, no fue así la prestación del servicio del demandante, ya que sus servicios personales fueron labores propias del objeto o fin esencial que tiene el DAS, el cual fue un contrato constituido a la subordinación y cumplimiento de horario del demandante, pero sin el pago de sus salarios y prestaciones sociales.

4. OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

La entidad accionada allegó contestación de la demanda dentro del término legal en la que señala que el DAS en supresión sólo tuvo funciones misionales hasta el 30 de enero de 2012, pero de ahí en adelante solo permitió que se atendieran las tareas única y exclusivamente de la supresión, que por esa situación particular son situaciones extraordinarias que no pueden tomarse como actividad permanente, pues nada tiene que ver con las funciones que tenía el DAS y que fueron suprimidas ese 31 de octubre de 2011.

Que en el caso particular, en el DAS en supresión se ejerció una coordinación por parte de la supervisora de los contratos del accionante que no se pueden tomar como una subordinación como erradamente lo está tratando de hacer ver el demandante.

Igualmente, puso de presente que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica en determinar que la coordinación no se puede confundir con la subordinación que da lugar a uno de los elementos esenciales para que se pregone una relación laboral y por lo tanto, lo que se ha planteado en la demanda como una subordinación, sólo se trata de una coordinación para que se cumplan los objetivos del contrato y los fines perseguidos con ellos.

CONTESTACION ARCHIVO GENERAL DE LA NACION

La apoderada de la entidad manifestó que en el caso que nos ocupa, se debe partir de la base que el Archivo General de la Nación solo debe pronunciarse respecto de la pretensión de nulidad del oficio No. 2-2017-01557-SDAS del 09 de octubre de 2017.

Sobre ello, manifestó que dicho acto administrativo fue expedido por autoridad competente, invocando las normas constitucionales y legales sobre las cuales debe fundarse, motivación de la decisión toda vez que el demandante prestó sus servicios al Archivo General de la Nación mediante contrato de prestación de servicios, cuyo objeto fue apoyar el proceso de supervisión del contrato 009-FR-Proyecto de Organización de los Fondos Acumulados del DAS en proceso de supresión, de acuerdo con las condiciones señaladas en la ficha técnica y en la propuesta presentada por el contratista, con plena autonomía para el cumplimiento de las obligaciones contractuales y sin

subordinación alguna y que el demandante no desvirtúa la presunción de legalidad del acto demandado.

ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos el **20 de octubre de 2017** (folio 347). Posteriormente, fue admitida el **10 de noviembre de 2017** (folio 349) y notificada a la entidad demanda el **31 de enero de 2018** (folios 352-360). La accionada allegó contestación a la demanda dentro del término legal el **18 de abril de 2018** (folio 1-22 del cuaderno 2), proponiendo excepciones la cuales fueron fijadas en lista el **03 de mayo de 2018** (folio 108 del cuaderno 2). El día **12 de julio de 2018**, se llevó a cabo la audiencia inicial de conformidad con el artículo 180 del C.P.A.C.A., (folio 159-162), decretándose unas pruebas a petición de parte y otras de oficio. Una vez allegadas todas las pruebas se procedió a correr traslado para alegar de conclusión el **28 de junio de 2019** (folio 285 del cuaderno 2).

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE:

La parte demandante allego alegatos de conclusión dentro del término, visibles a folios 265 a 273 mediante los cuales manifestó que los elementos propios de la relación laboral fueron demostrados con los testimonios de la señora Clara del Pilar Bohórquez, Adriana Abril González y Henna Rosa Cely Albarracín, ya que fueron claros, expresos y concordantes al manifestar que conocían, que observaron y que les constaba que el señor Juan Carlos Ramírez trabajaba en las entidades como personal de planta y que fue subrogado al Archivo General de la Nación, que cumplía horario, que recibía órdenes de sus coordinadores y supervisores, que realizaba las labores de manera personal y recibía un salario; quedando así demostrada plenamente una relación laboral con las entidades citadas. Igualmente resalta el hecho de que al demandante le era prohibido llevar trabajo para su lugar de residencia, toda vez que los documentos que reposaban en la entidad eran de seguridad nacional, por lo que se demuestra que el demandante no contaba con autonomía e independencia para desarrollar su labor.

5.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DEL ARCHIVO GENERAL DE LA NACION

La apoderada de la entidad, allegó sus alegatos de conclusión dentro del término, visibles a folios 275 a 287 del expediente, manifestando que, en virtud del Decreto 1303 del 11 de julio de 2014, los contratos y convenios celebrados por el Departamento Administrativo de Seguridad DAS en proceso de supresión o por el Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad DAS fueron subrogados al Archivo General de la Nación, continuando con su ejecución en los mismos términos y condiciones en que fueron suscritos por el extinto DAS.

Argumentó que en la planta del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS no se contaba con profesional que tuviera conocimientos específicos para la supervisión del contrato, consistente en revisar que se cumpliera con la metodología de organización de fondos documentales acumulados y que las obligaciones del contratista surgieron de una actividad temporal y no de una actividad de ejecución permanente y directamente relacionada con la misionalidad de la entidad, que pudiera ser cumplida por funcionario alguno del extinto DAS.

Que no existe prueba alguna que acredite el cumplimiento del requisito de subordinación para la declaratoria de existencia de un contrato realidad y que por el contrario, el señor Juan Carlos tenía autonomía para adelantar las obligaciones contractuales asignadas. Que tampoco existe material probatorio que dilucide el cumplimiento de un horario por parte del demandante o que se le exigieran solicitudes de autorización para ausentarse de su lugar de trabajo, por parte del supervisor del contrato o de otros funcionarios o directivos de la entidad.

Igualmente sostuvo que la labor encomendada al demandante fue de carácter temporal, por cuanto obedeció estrictamente a la actividad de apoyar la supervisión del contrato 009 de 2012, que consistió en la organización de fondos acumulados y elaboración de tablas por parte de Informática Documental S.A.S. sobre los archivos que debían ser entregados a entidades como la Policía Nacional, Migración Colombia, Fiscalía General de la Nación y al Archivo General de la Nación, quien recibió archivos estrictamente en cumplimiento del mandato del Decreto 1303 de 2014.

5.3. ALEGATOS DE CONCLUSION FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

El apoderado de la entidad, allegó sus alegatos de conclusión dentro del término, visibles a folios 287 a 290 del expediente, mediante los cuales manifestó que en el caso que nos

ocupa no se puede hablar de la existencia de funciones permanentes en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS en supresión, toda vez que en el decreto ley 4057 de 2011 se prohibió continuar con las funciones que tuvieran que ver con la misión del Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

Que la relación que se ejerció en el DAS en supresión fue de simple coordinación por parte de la supervisora de los contratos del demandante y no puede ello confundirse con subordinación, tal y como lo ha manifestado el Consejo de Estado, a través de su pacífica jurisprudencia en ese sentido. Que esa coordinación se dio para que se cumplieran los objetivos del contrato y los fines perseguidos con ellos, de conformidad a lo señalado en la ley 80 de 1993.

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolver el Despacho, es determinar si al demandante le asiste el derecho o no a que se declare la existencia de un vínculo laboral entre él y el Departamento Administrativo de Seguridad DAS desde el 04 de septiembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014 y que se reconozca y paguen las acreencias laborales causadas a su favor.

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

6.2. LAS NORMAS APLICABLES AL CASO, INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA

6.2.1. DEL EMPLEO PÚBLICO

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

“ARTICULO 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. 1)

ARTICULO 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 7 del Decreto 1950 de 1973 señaló que:

“ARTÍCULO 7. *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)

Así mismo, 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 consagra:

“ARTICULO 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 2 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 2. DE LA NOCIÓN DE EMPLEO. *Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*

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 expide el Código Único Disciplinario, establece en el numeral 29 del artículo 48 como falta gravísima:

“ARTICULO 48 (...)

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 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.

6.2.1.1. Los contratos de prestación de servicio.

El contrato de prestación de servicios se encuentra previsto en el numeral 3 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 genera relación laboral, es decir no da lugar al pago de prestaciones sociales y se entiende que se cumple con independencia y autonomía, bajo las reglas pactadas y por el tiempo de duración estipulado.

6.2.2. DEL CONTRATO REALIDAD Y EL 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 laboral, y la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, cuando bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicio se esconde en realidad una relación de carácter laboral, así:

“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

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

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 de contrato de prestación de servicios y el principio de la realidad sobre las formalidades establecidas, también ha sostenido:

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)

“(...) 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 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)

En palabras del 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

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.

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 posición 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 en sentencia 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 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 (...)”

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).

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

7. CASO CONCRETO

El señor **JUAN CARLOS RAMIREZ MORENO** solicita que se declare que existió una relación de naturaleza laboral al ejecutar los diversos contratos de prestación de servicios que suscribió con el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS en supresión y que fue subrogado al ARCHIVO GENERAL DE LA NACION**, y por consiguiente que se le reconozcan y paguen las acreencias laborales causadas desde el **04 de septiembre de 2012** hasta el **31 de diciembre de 2014**.

Se procederá entonces a establecer si en este caso se cumplieron los requisitos del contrato realidad, esto es: i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración y iii) la subordinación o dependencia, pese a que la vinculación se hizo a modo de contratos de prestación de servicios.

7.1. DE LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO:

De acuerdo con las pruebas aportadas e incorporadas al expediente, se demuestra que el señor **JUAN CARLOS RAMIREZ MORENO** prestó en forma personal sus servicios, en desarrollo de múltiples contratos de prestación de servicios suscritos con el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS** Este aspecto no lo discuten las partes.

Además de la lectura de los contratos de prestación que obran en el expediente, se lee claramente que el objeto de los mismos y las obligaciones del contratista, fueron:

“ (...) PRIMERA.- OBJETO: EL CONTRATISTA en virtud de sus condiciones personales se compromete para con el DAS EN PROCESO DE SUPRESION a apoyar el proceso de supervisión del contrato No 009 FR – Proyecto de Organización de los Fondos Acumulados del DAS hoy en proceso de supresión y su Fondo Rotatorio – en los aspectos técnicos de archivo y demás aspectos que se generen en el proceso de supresión, de acuerdo con las condiciones señaladas en la Ficha Técnica (Estudios Previos) y en la propuesta presentada por el CONTRATISTA (...)”⁵

⁵ Ver fol. 115-116 del expediente.

De otro lado, las testigos coincidieron en señalar que para desarrollar el objeto contractual el demandante debía cumplir unos turnos de trabajo, en el horario que le fuera asignado para el personal de planta de la entidad, como para los contratistas.

Al respecto, la testigo CLARA DEL PILAR BOHORQUEZ BOHORQUEZ señaló:

*“**PREGUNTADO:** Indíquenos si usted sabe o le consta si el señor Juan Carlos Ramírez cumplía un horario de trabajo en la entidad y de qué horas a qué horas era **CONTESTÓ** Bueno, yo más o menos llegaba a las ocho, ocho y media, a veces me demoraba porque vivía muy lejos pero siempre los veía pero no solo a él sino a varios del grupo a las 8 más o menos, hasta tres, cinco de la tarde cuando yo salía ellos estaban allí todavía. (...) **PREGUNTADO** Manifiéstele al Despacho si usted sabe o le consta si el señor Juan Carlos Ramírez tenía libertad, autonomía para llegar a la hora que quisiera trabajar o llevar trabajo un fin de semana para su casa **CONTESTÓ** Pues yo considero que la institución del DAS era una institución de inteligencia al servicio del Estado y ninguna persona ni ellos ni nosotros podíamos llevarnos ninguna documentación para la casa porque era una documentación muy álgida, entonces no considero que ellos podían llevar, en cambio, pues si sabía que tenían que responder por lo que cada uno tenía que hacer en su sitio de trabajo (...)”*

Y, al ser interrogada por el apoderado de la Fiduciaria La Previsora S.A., al expresar su conocimiento sobre este tópico, se puso de presente que su hijo, el señor Rafael Eduardo Moncada, también trabajaba con el demandante y por ello manifestó:

*“**PREGUNTADO** Usted en respuesta anterior también nos mencionó el tema de Álamos, nos puede explicar exactamente y las fechas en las cuales se inició la actividad que usted ha mencionado en Álamos **CONTESTÓ** Bueno que yo sepa yo salí a finales de julio y pues porque en ese momento mi hijo vivía conmigo y él salía muy puntual, siete y media de la mañana y por eso sé y doy fe que cumplían un horario, por eso doy fe de que si se llevaba un control muy específico en Álamos porque él vivía conmigo, entonces de ocho a cinco de la tarde, llegaba a las cinco y media, seis de la tarde y hasta me comentaba hoy hubo que hacer esto, entonces por eso puedo dar con certeza y con seguridad de que ellos estaban trabajando en Álamos”*

Igualmente, la señora MARTHA ADRIANA ABRIL GONZALEZ dijo lo siguiente:

*“**PREGUNTADO:** Indíquenos si usted sabe o le consta si el señor Juan Carlos Ramírez cumplía un horario de trabajo en la entidad y de qué horas a qué horas era **CONTESTÓ** Bueno pues yo entiendo que todas las personas que se someten a un trabajo deben cumplir un horario. Entiendo que el horario era de ocho de la mañana a cinco de la tarde con un receso de almuerzo(...) **PREGUNTADO** En este cumplimiento de horario usted observó al señor Juan Carlos ingresando y saliendo a estas horas **CONTESTÓ** Pues en algunas*

ocasiones, no todas las veces porque yo también tenía que cumplir un horario y tenía que cumplir unas funciones, entonces es de suponer que si a uno lo contratan o a uno (sic) cumple un trabajo, debe someterse o debe cumplir un horario.”

Por su parte, la señora **HENNA ROSA CELY ALBARRACIN**, al ser interrogada dijo:

*“**PREGUNTADO:** Indíquenos si usted sabe o le consta si el señor Juan Carlos Ramírez cumplía un horario de trabajo en la entidad y de qué horas a qué horas era este horario **CONTESTÓ** Bueno, el trabajo de todos en el Departamento en esa época era de ocho a cinco de la tarde y pues igual uno cuando llegaba con su carné uno veía que todas las personas, A veces nos encontrábamos en la entrada o a la salida, cinco de la tarde, cinco y media (...) **PREGUNTADO** Usted sabe o le consta si los contratistas, en especial el señor Juan Carlos Ramírez, tenía alguna autonomía o libertad para ingresar a la hora que quisiera, o ir varios días o el día que él quisiera a trabajar lo podía hacer **CONTESTÓ** No, no me consta que hubiera esa libertad (...)”*

De conformidad con lo anterior, el cumplimiento de horario laboral diario por parte del demandante es prueba de que el señor **JUAN CARLOS RAMÍREZ MORENO** debía prestar personalmente el servicio, en consecuencia no podía delegar esta obligación en un tercero.

7.2. DE LA REMUNERACIÓN

En los diversos contratos de prestación de servicios que obran en el expediente (folios **115 a 123 y 168 a 233** del expediente), se verifica que la entidad le fijó al señor **JUAN CARLOS RAMIREZ MORENO** una retribución por sus servicios prestados en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS en supresión, que recibía mensualmente de parte de esa entidad, quedando expresado en los contratos de la siguiente manera:

*“**SEGUNDA: VALOR.-** Para todos los efectos legales y fiscales el valor total del presente contrato es hasta por la suma de DOCE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$12.000.000), el cual es asignado con cargo al presupuesto del Departamento Administrativo de Seguridad en proceso de supresión. **TERCERA: FORMA DE PAGO.-** Perfeccionado el contrato, cumplidos los requisitos para su ejecución y suscrita el acta de inicio correspondiente, el DAS EN PROCESO DE SUPRESIÓN pagará al CONTRATISTA el valor pactado de la siguiente manera: Un primer pago proporcional a los días trabajados y los servicios prestados durante el mes de septiembre de 2012 contados a partir de la suscripción del acta de inicio, y los pagos restantes en mensualidades vencidas a razón C/U de CUATRO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$4.000.000) a cargo del*

Departamento Administrativo de Seguridad DAS en proceso de supresión, pagaderos previa certificación de cumplimiento expedida por el supervisor del contrato, dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro correspondiente y demás documentos, así como el pago por concepto de aportes a los sistemas de salud, pensiones y riesgos profesionales. Los pagos estarán sujetos igualmente al cumplimiento de los trámites administrativos a que haya lugar, y aprobación del Programa Anual de Caja PAC (...).”

Frente a este tópico y al ser interrogada, la señora CLARA DEL PILAR BOHORQUEZ BOHORQUEZ, dijo:

“PREGUNTADO *Indíqueme al Despacho si usted sabe o le consta si el señor Juan Carlos Ramírez recibía una contraprestación, una remuneración en dinero por la labor desempeñada en la entidad* **CONTESTÓ** *Claro todas las personas que trabajábamos teníamos una remuneración por parte de la entidad”*

La señora HENNA ROSA CELY ALBARRACIN manifestó:

“PREGUNTADO *Usted sabe o le consta si el señor Juan Carlos Ramírez por esta labor desarrollada en la entidad recibía algún tipo de remuneración* **CONTESTÓ** *Si claro. Todas las personas. En eso yo pienso que la institución fue buen patrón”*

7.3. DE LA SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA

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

En caso *sub examine* se comprobó que pese a haberse formalizado la vinculación del demandante 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 el 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 este caso que la función ARCHIVÍSTICA, por su naturaleza y por la naturaleza de la entidad y de la información que allí se manejaba, no gozaba de autonomía del contratista, pues debía recibir órdenes de superiores.

Así, con los testimonios recaudado se puso en evidencia que el señor **JUAN CARLOS RAMÍREZ MORENO** tenía que cumplir horario de trabajo, en los cuales prestaba sus servicios, al igual que los empleados de planta. Igualmente se pone de presente que el accionante cumplía las órdenes impuestas por su jefe inmediato, pudiéndose entonces verificar que el demandante se encontraba subordinado plenamente a las instrucciones impartidas por los superiores de la entidad demandada, en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo.

Al respecto, en el testimonio recaudado a la señora CLARA DEL PILAR BOHORQUEZ BOHORQUEZ, textualmente indicó:

*“**PREGUNTADO:** Indíqueme al Despacho si le consta si el señor Juan Carlos Ramírez tenía un supervisor que controlara sus funciones en la entidad. **CONTESTÓ** Conocí a la Doctora Gladys Jimenez también y era la jefe de ellos, de Juan Carlos y del grupo. (...) **PREGUNTADO** Manifieste por favor si usted sabe o le consta si a los contratistas y en especial al señor Juan Carlos Ramírez recibió algún tipo de llamado de atención, fuera verbal o escrito o si usted vió o escuchó por favor manifieste **CONTESTÓ** Si, le llamaba la atención la Doctora Gladys Jimenez, claro, les llamaba la atención. Yo bajaba mucho al sótano porque es que yo, a parte de mi trabajo, pues como ya no estaba cumpliendo realmente la labor de educación, organizaba los eventos, entonces iba por todos los pisos y me daba cuenta de muchas cosas, entonces y ocasionalmente bajaba mucho al sótano”*

La señora MARTHA ADRIANA ABRIL GONZALEZ, coincidió con la testigo anterior, pues al ser interrogada dijo:

*“**PREGUNTADO** Usted sabe o le consta si el señor Juan Carlos Ramírez tenía un jefe, un supervisor que le controlara sus tareas **CONTESTÓ** Si, el tenía una jefe, erala Doctora Gladys, Gladys Jimenez, creo que era, ella era la jefe de la oficina de gestión de archivo del DAS.”*

Y frente a este tema, la señora HENNA ROSA CELY ALBARRACIN expresó lo siguiente:

*“**PREGUNTADO** Por favor manifiésteme al Despacho si usted sabe y le consta si dentro de las funciones del señor Juan Carlos Ramírez había un jefe de personal, un supervisor que le controlaba las tareas a él **CONTESTÓ** Si señor, ellos tenían una jefe como todas las personas en las áreas. Era una señora, doña Gladys.”*

En conclusión, respecto de las funciones desempeñadas por la demandante, se verifica que la regulación prevista para el personal de planta también gobernó al demandante,

pese a su condición de contratista, en igualdad de condiciones a las que cumplían las personas que desempeñaban sus funciones archivísticas en la entidad, por lo tanto se trató del cumplimiento de funciones, que si bien se dieron dentro del proceso de supresión de la entidad, se prolongaron en el tiempo y de ello dan cuenta los diferentes contratos celebrados entre el Departamento Administrativo de Seguridad DAS y el demandante, los cuales, por contradicen el carácter temporal propio de este tipo de contratos, desvirtuándose así la transitoriedad de las funciones desempeñadas por el demandante, puesto que la misma perduró desde el **04 de septiembre de 2012** hasta el **31 de diciembre de 2014**. El contenido de los contratos muestra la imposibilidad del demandante de cumplirlos en forma autónoma o que se trate de simple coordinación con la entidad.

Según la Corte Constitucional (Sentencia T-115 de 2015) la subordinación es el poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos.

Empero, es importante precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir a la demandante la condición de empleada pública, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado. Así lo ha señalado el Consejo de Estado⁶:

*“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 (...)*”

7.4. DE LA DEVOLUCIÓN DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE

La Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral⁷ en cuanto al reintegro de las deducciones por retención en la fuente, expuso:

*“En cuanto a la pretensión de que le sea devuelta la retención en la fuente correspondiente a cada uno de los cuatro contratos que suscribió con el municipio, hay que decir que se trataría de una **cuestión de índole tributaria** ajena a lo que propiamente constituye el objeto de este litigio, por no tratarse de un asunto de naturaleza laboral.*”

⁶ 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.

⁷ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral- Sentencia de junio 29 de 2001, rad. 15499

En consecuencia, no sería procedente ordenar la devolución de la retención en la fuente, al no tratarse de un asunto laboral, sino tributario.

7.5. DE LA INDEMNIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Igualmente, el Consejo de Estado⁸ ha manifestado que en los casos en los cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, el demandante tiene derecho a recibir una indemnización de las prestaciones sociales dejadas de cancelar, así:

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

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

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

Así, que en caso de que existe 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

⁸ 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)

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."

En consecuencia, es del caso acceder al reconocimiento de las prestaciones sociales que devengaba otro funcionario de planta en un cargo equivalente⁹, así como el pago de los aportes al sistema de seguridad social (Salud y Pensión) en la cuota parte correspondiente a la entidad.

En concordancia con la sentencia de unificación emanada del Consejo de Estado¹⁰, el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya solicitado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal demandada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00449-01 (1807-13), CP. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁰ Consejo de Estado – Sección Segunda Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16 Demandante: Luanda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro. M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

En atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible y a la condición periódica del derecho pensional, en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad; la entidad demandada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el **04 de septiembre de 2012** hasta el **31 de diciembre de 2014**) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existiere 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, la demandante 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.

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 al demandante. Así lo ha aplicado 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.”

7.6. DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS Y DEMÁS PRESTACIONES SOCIALES

Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el

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.

auxilio de cesantías, pero acatando la jurisprudencia del Consejo de Estado¹², cuando se declara la existencia de una relación laboral, dicha prestación tan solo se reconoce con la sentencia, la cual es constitutiva del derecho, por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario; en tales condiciones no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada. Bajo el anterior argumento también se negará el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales y de las cesantías, máxime cuando tales indemnizaciones están previstas en normas que regulan las relaciones laborales de trabajadores del sector privado (Ley 50/90 y Ley 244/95).

7.7. ANÁLISIS DE LA PRESCRIPCIÓN

El Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda, calendada 25 de agosto de 2016, expediente número 23001-23-33-000-2013-002660-01(0088-2015). C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, ha puntualizado frente a la prescripción de los dineros pagados por concepto de aportes para pensión, lo siguiente:

“la imprescriptibilidad (...) no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiese diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o complementar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador”¹³. (Negrilla fuera del texto).

En esa misma sentencia de unificación, en la parte resolutive se estableció que en cada proceso en el que se reconozca el vínculo laboral se debe realizar el análisis de la prescripción en el caso concreto.

¹² 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

¹³ Sentencia CE-SUJ2 de 25 de agosto de 2016, M.P., Carmelo Perdomo Cuéter. Proceso número. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). Demandante Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

Siguiendo esta línea jurisprudencial, aparece probado en el expediente que el demandante solicitó mediante sendos derechos de petición formulados el **01 de junio de 2017** (folios **11-14**), a las entidades demandadas, para que se le reconociera y pagara los derechos laborales originados en el contrato realidad, junto con las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales para el período comprendido entre el **04 de septiembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014**, periodo durante el cual prestó sus servicios para el área de archivo y gestión documental del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en virtud de los contratos de prestación de servicios.

Así las cosas, se evidencia que el demandante reclamó ante la entidad demandada sus pretensiones en torno al reconocimiento del contrato laboral, dentro del término de los tres años siguientes a la terminación de la última vinculación contractual, es decir, en el período comprendido entre el **04 de septiembre de 2012 al 31 de diciembre de 2014**, comoquiera que se demostró que su reclamo lo presentó ante la entidad accionada el **01 de junio de 2017**.

Por lo que se concluye que, no existe en el presente caso prescripción de las prestaciones sociales reclamadas durante el período reconocido.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, pues la parte demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley en cuanto que los actos administrativos acusados desconocen las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que los amparaban.

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

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

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento

de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

8. COSTAS

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada, 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 de la demandada. El Consejo de Estado ha señalado: “(...) sólo cuando La 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”¹⁴, y en vigencia de la Ley 1437 de 2011 ha reiterado¹⁵, 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.

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

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veintitrés (23) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del **OFICIO N° 20170990678691 del 12 de junio de 2017** por medio del cual la **Fiduciaria La Previsora S.A.**, le negó al accionante, señor **JUAN CARLOS RAMIREZ MORENO**, los derechos y acreencias laborales derivados de la relación laboral, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del **OFICIO N° 2-2017-01557-SDAS del 09 de octubre de 2017** por medio del cual el **Archivo General de la Nación**, le negó al

¹⁴Sentencia 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.

¹⁵Consejo 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.

accionante, señor **JUAN CARLOS RAMIREZ MORENO**, los derechos y acreencias laborales derivados de la relación laboral, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y al ARCHIVO GENERAL DE LA NACION**, a reconocer y pagar al señor **JUAN CARLOS RAMÍREZ MORENO** identificado con la C.C. N° **79.269.170**, en forma indexada, las prestaciones sociales y demás emolumentos legales, en igualdad de condiciones que un funcionario de la planta de personal del área de archivo y gestión documental del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS o que ejerciera similares funciones, durante el período en el cual se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, desde el **04 de septiembre de 2012** hasta el **31 de diciembre de 2014**, de acuerdo con lo probado y consignado en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la entidad demandada a pagar al actor los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios.

QUINTO: DECLÁRASE que el tiempo laborado por el demandante a través de los contratos de prestación de servicios y sus adiciones o prórrogas, se deben computar para efectos pensionales.

SEXTO: La entidad deberá pagar a la parte demandante los valores correspondientes de las prestaciones sociales de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

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

SÉPTIMO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda. No se condena en costas ni agencias en derecho a la entidad, por las razones expuestas.

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

NOVENO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y autentica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

DÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaria del Juzgado **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Maria Teresa Leyes Bonilla
MARIA TERESA LEYES BONILLA

JUEZ