



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO**  
**DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**

Bogotá, D.C., dos (02) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Expediente: **11001-3342-051-2016-00147-00**  
Demandante: **HERNANDO BORJA CARDONA**  
Demandado: **NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL -DPS**

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**SENTENCIA No. 068**

**I. ASUNTO A RESOLVER**

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Hernando Borja Cardona, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.412.062, contra la Nación – Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. PRETENSIONES**

El demandante solicitó la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 20156100347801 del 14 de abril de 2015, 20156100552551 del 11 de mayo de 2015 y 20156400502681 del 20 de mayo de 2015, por medio de los cuales la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales en favor del demandante.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se declare la existencia de la relación laboral y se condene a la demandada a: i) el reconocimiento y pago de la prima de servicios, el auxilio de cesantías definitivas, los intereses a las cesantías, las vacaciones, la prima de vacaciones, la bonificación especial por recreación, la prima de navidad y la bonificación por servicios prestados para los años 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y la proporción del año 2012; ii) la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes a seguridad social en salud y pensiones; iii) reajustar y pagar los aportes a seguridad social teniendo como base de liquidación el 100% del salario pagado cada año; iv) reconocer y pagar lo descontado por concepto de retención del impuesto de industria y comercio y pólizas de cumplimiento constituidas en favor de la demandada; v) reconocer y pagar la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías y la indemnización por despido sin justa causa; y vi) pagar la condena indexada, dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los Artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2011 y pagar costas y agencias en derecho.

**2.2. HECHOS**

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada de la parte actora narró que el demandante laboró en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social desde el 07 de octubre de 2000 hasta el 31 de marzo de 2012, de forma ininterrumpida, para la Subdirección Financiera de la entidad en el cargo de profesional especializado.

Puso de presente que el actor desarrolló las funciones en las instalaciones de la entidad en un horario de 08:00 am a 5:30 pm, bajo la dirección y con sujeción y órdenes permanentes, directas, verbales y escritas impartidas por el jefe de la Subdirección Financiera del DPS. Manifestó que el demandante no podía ausentarse de las instalaciones de la entidad sin permiso previo y que no podía desempeñar sus funciones desde un lugar diferente, así mismo, efectuó la totalidad de aportes correspondientes a seguridad social por exigencia de la entidad y no tuvo derecho a disfrutar de vacaciones ni descansos remunerados.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

## NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

### 2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado trasgrede las siguientes normas:

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 13, 25, 48, 53, 83, 121, 122, 123, 125 y 209
- Ley 80 de 1993: Artículo 32
- Ley 4ª de 1992
- Decreto 3135 de 1968
- Decreto 1848 de 1969
- Decreto 1045 de 1978
- Decreto Ley 174 y 230 de 1975
- Ley 6ª de 1945: Artículo 17
- Decreto 3118 de 1968
- Ley 244 de 1995: Artículo 2
- Ley 1071 de 2006: Artículo 5º
- Decreto 1042 de 1978: Artículos 46 y 58
- Decreto 853 de 2012
- Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003: Artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 161 y 204
- Decreto 692 de 1994: Artículo 27
- Ley 909 de 2004: Artículos 41 y 44

### 2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Consideró que la entidad demandada desconoció normas de rango constitucional y particularmente el principio de primacía de la realidad, el cual se configura como consecuencia de la buena fe y la desigualdad entre las partes; precisó que el DPS siempre le dio tratamiento de servidor público al demandante, toda vez que lo obligó a cumplir horario de trabajo, le impartía órdenes acerca de la forma cómo debía ejecutar sus funciones, lo capacitó, le impuso reglamentos y directrices, le hizo entrega del puesto de trabajo y de sus implementos para la labor y le asignó funciones que solo podía ejecutar en las instalaciones de la entidad.

Invocó algunas disposiciones normativas que regulan el contrato de prestación de servicios y la clasificación de los empleos públicos y precisó que las mismas fueron vulneradas por la entidad, toda vez que sostuvo con el demandante una relación contractual durante más de 11 años a pesar de cumplir de manera permanente un cargo que estaba establecido como de planta; se refirió a las prestaciones sociales creadas por la Ley para los servidores públicos, la imprescriptibilidad del auxilio de las cesantías antes de la terminación de la relación laboral y la imprescriptibilidad de los derechos laborales que surgen del contrato realidad.

### 2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 305-332):

Admitida la demanda mediante auto del 25 de abril de 2016 (fls. 291), y notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en el referido auto admisorio (fls. 298-299), el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, actuando por intermedio de apoderada, presentó escrito de contestación en el que se refirió a los hechos de la demanda, frente a los cuales precisó que el demandante no laboró sino que ejecutó contratos de prestación de servicios.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las siguientes excepciones:

1. **Prescripción:** Argumentó que el demandante no hizo ninguna reclamación administrativa dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación de cada contrato y teniendo en cuenta que entre uno y otro no existió continuidad, sino que antes bien se trató de contratos independientes, el demandante debió presentar su reclamación dentro del término de Ley para cada uno de ellos.
2. **Inexistencia de los derechos laborales reclamados:** Adujo que, por su calidad de contratista, el demandante no tiene derecho al pago de las prestaciones sociales reclamadas, pues son derechos que derivan necesariamente de una relación laboral, así como la sanción moratoria por pago tardío de cesantías y la indemnización por despido sin justa causa.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

#### **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

3. **Cobro de lo no debido:** Fundamentada en que la entidad dio cumplimiento a sus obligaciones contractuales pagando los honorarios pactados por las partes.
4. **Buena fe:** Insistió en que las actuaciones de la entidad se desarrollaron en el marco de la relación contractual.

Como fundamentos de derecho, trajo a colación las normas de creación del DPS y sus constantes cambios; posteriormente, citó las previsiones de la Ley 80 de 1993 en materia de contratos de prestación de servicios y resaltó que el demandante fue contratado tras un proceso de selección, como consecuencia de la falta de personal de planta en la entidad y por tratarse de actividades que requerían de conocimientos especializados.

Citó algunos pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la diferenciación existente entre el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios y expuso los argumentos por los cuales consideró que en el presente caso no se configura contrato laboral así:

1. La prestación personal del servicio: Al respecto señaló que el Artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispuso que este tipo de contratos son “intuitu personae”, es decir que debe ser ejecutados por el contratista en tal calidad.
2. La subordinación o dependencia: Preciso que, teniendo en cuenta el objeto contractual, es primordial que el contratista desarrolle las actividades pactadas en un horario que coincida con el que maneja la entidad y que las circulares que pretende aportar como prueba estuvieron al personal de planta del cual el actor no hacía parte; adicionalmente, el puesto de trabajo y los implementos de trabajo fueron puestos a su disposición para el cumplimiento del objeto contractual.
3. Un salario como retribución del servicio: Los contratistas no tienen derecho a recibir salario, toda vez que no están inmersos en una relación laboral.

Con fundamento en lo expuesto, concluyó que no se configuran los elementos propios de un contrato laboral.

#### **2.6. AUDIENCIA INICIAL**

La audiencia inicial prevista en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se instaló el 24 de noviembre de 2016, como consta a folios 526 y 527, en desarrollo de la cual, una vez saneado el proceso, se fijó el litigio y se abrió el proceso a pruebas.

#### **2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

El 18 de enero de 2017, se instaló audiencia de práctica de pruebas, en la cual se escucharon los testimonios solicitados por la parte actora y se concedió un término de diez (10) días, para que las partes presentaran por escrito sus alegatos de conclusión.

**Alegatos de conclusión de la parte actora (fls. 535-541):** La apoderada de la parte actora, en su escrito de alegaciones finales, resumió las pretensiones de la demanda y resaltó las pruebas aportadas al proceso, con las cuales consideró que se soporta el derecho reclamado por el demandante.

De las pruebas reseñadas destacó el objeto contractual, el contenido de las circulares y resoluciones de establecimiento de horario que también eran puestas en conocimiento el demandante, los memorando dirigidos tanto a contratistas como a funcionarios, los correos electrónicos con funciones y actividades del grupo de contabilidad tanto para contratistas como para personal de planta.

Finalmente, se refirió a los elementos que configuran la relación laboral precisando que se encuentran probados en el plenario.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

#### **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**Alegatos de la entidad demandada** (fls. 542 a 551): El apoderado de la entidad demandada reiteró que el demandante se vinculó mediante contratos de prestación de servicios y, en ese sentido, las funciones desempeñadas no se dieron bajo un vínculo laboral, sino por el contrario bajo un escenario netamente contractual; se refirió a la naturaleza de los contratos de prestación de servicios y resaltó que el demandante contaba con plena autonomía técnica y administrativa para el cumplimiento del objeto contractual *“que no era más que el deber de prestar por sus propios medios, sus servicios personales como profesional especializado en el área financiera del Plan Colombia, Fondo de Inversiones para la Paz, con el fin de coadyuvar a la eficiencia y a la eficacia en los temas que son competencia de esa dependencia”*.

Aseveró que el desarrollo de sus actividades se dio bajo la supervisión de personal encargado para dicho efecto, supervisor que no impartía órdenes, sino que realizaba requerimientos para el cumplimiento del contrato, en el marco del cual debía presentar informes sin que ello implique subordinación; expuso que el demandante no percibió remuneración a título de salario sino que recibió pago de honorarios profesionales sobre el valor total del contrato, para lo cual debía efectuar un informe mensual como se pactó en el contrato.

Insistió en que, además de haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción, el demandante no asumió la carga probatoria que le correspondía para demostrar los hechos materia de la controversia. Para terminar, reiteró la excepción de cobro de lo no debido.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante, señor Hernando Borja Cardona, tiene derecho al reconocimiento y pago de derechos de naturaleza laboral por el tiempo en que estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – DPS, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

#### **3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO**

Para resolver el problema jurídico planteado, se efectuará, en primera medida, un recuento del material probatorio arrimado al plenario, posteriormente se efectuará un análisis normativo tanto a la luz del derecho internacional como del derecho interno y, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, se resolverá lo correspondiente en el caso concreto.

#### **Acervo probatorio**

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

1. Contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS:

No. de Contrato	Objeto	Desde	Hasta	Observaciones	Fl.
034	Asistencia al Grupo de Contabilidad del Fondo de Inversión para la paz	07/11/2000	31/12/2000		340-341
110	Asistencia al Grupo de Contabilidad del Fondo de Inversión para la paz	02/05/2001	31/07/2001		343 - 344
1089	Asistencia al Grupo de Contabilidad del Fondo de Inversión para la paz	01/08/2001	31/12/2001		398-350
055	Asistente de Contabilidad	04/01/2002	31/01/2002	orden de prestación de servicios	352

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
 Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
 Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

063	Apoyo y asistencia al Grupo de Contabilidad del Fondo de Inversión para la Paz	04/02/2002	31/12/2002		355-357
197	Asistente de contabilidad dando soporte al grupo financiero del FIP	03/01/2003	31/01/2003		358
272	Asistente de contabilidad dando soporte al grupo financiero del FIP	31/01/2003	01/02/2003	orden de prestación de servicios	360
2157	Asistente de contabilidad dando soporte al grupo financiero del FIP	31/03/2003	31/12/2003		362-365
Otrosí 2 al contrato 2157			31/03/2004		370
Otrosí al contrato 2157			31/12/2004		372 vto
054	Prestar sus servicios como asesor contable en el área financiera del Plan Colombia	11/01/2005	31/12/2005		403-405
Otrosí al contrato 054			31/01/2006		418-419
213	Prestar sus servicios como asesor contable en el área financiera del Plan Colombia		31/12/2006		419-420 y 429
016	Prestar sus servicios como asesor contable en el área de gestión financiera contabilidad del Fondo de Inversión para la Paz	04/01/2007	31/12/2007		440-442
219	Prestar sus servicios profesionales como asesor contable en el área de gestión financiera de la Acción Social	04/01/2008	31/12/2008		451-452
005	Prestar sus servicios en el área de Gestión Financiera - Contabilidad	02/01/2009	31/12/2009		202-203
005	Prestar sus servicios profesionales en el proceso de Gestión Financiera - Contabilidad	06/01/2010	31/12/2010		481-483
003	Prestar sus servicios en el proceso de Gestión Financiera - Contabilidad	11/01/2011	31/12/2011		497-498
067	Prestar sus servicios profesionales en la Subdirección Financiera	04/01/2012	31/03/2012		511-513

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
 Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
 Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

2. Obra a folios 27 a 30 certificación en la que consta las fechas de inicio y terminación de cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante con la entidad accionada, así:

No. de contrato	Fecha de Inicio	Fecha de Terminación
034 de 2000	07/10/2000	31/12/2000
110 de 2001	20/04/2001	31/07/2001
1089 de 2001	31/07/2001	31/12/2001
055 de 2002	04/01/2002	31/01/2002
063 de 2002	04/02/2002	31/12/2002
197 de 2003	03/01/2003	31/01/2003
2157 de 2003	01/04/2003	31/12/2003
Otrosí 2157		31/03/2004
Otrosí 2157		31/12/2004
054 de 2005	17/01/2005	31/12/2005
Otrosí 054		31/01/2006
213 de 2006	01/02/2006	31/12/2006
016 de 2007	11/01/2007	31/12/2007
219 de 2008	16/01/2008	31/12/2008
005 de 2009	21/01/2009	31/12/2009
005 de 2010	08/01/2010	31/12/2010
003 de 2011	19/01/2011	31/12/2011
067 de 2012	16/01/2012	31/03/2012

3. Certificación en la que consta el objeto de cada uno de los contratos suscritos entre el demandante y el DPS y las obligaciones del contratista (fls. 31-42).
4. Copia del Acta de Posesión No. 481 del 2 de abril de 2012, en donde consta que el demandante tomó posesión del cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 18 del DPS, para el cual fue nombrado mediante Resolución No. 00379 del 22 de marzo de 2012 (fls. 117).
5. Copia de la Resolución No. 1602 del 01 de julio de 2014, en el fragmento correspondiente al Manual de Funciones y Competencias Laborales para el empleo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 18 de la Subdirección Financiera de la entidad (fls. 119-122).
6. En desarrollo de la audiencia de práctica de pruebas prevista en el Artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, el interrogatorio de parte del demandante y los testimonios que se resumen a continuación:
- ✓ **Interrogatorio de parte Hernando Borja Cardona:** Manifestó que ha venido trabajado para el DPS desde el año 2000 hasta la fecha de manera permanente y continua, actualmente como provisional vinculado desde el año 2012; puso de presente que siempre ha desarrollado las mismas funciones en el área de contabilidad, manejando el aplicativo SIIF vinculado directamente con su computador y es la única persona que tiene acceso a este; maneja además el inventario de bienes de la entidad respecto del registro contable de depreciación, amortización, conciliación de cuentas, cuentas por pagar, convenios con entidades territoriales. Señaló que varios de los trabajadores cumplen con las mismas funciones porque el volumen es alto y que tanto como contratista como funcionario de planta ha desempeñado las mismas funciones. Puso de presente que la jefe le asignada las funciones, él las realizaba y se las entregaba para su revisión y su visto bueno; no tenía autonomía técnica administrativa, la jefe asignaba las funciones a todos los trabajadores del área y no tenía personas a cargos, sino que debía cumplir las funciones que su jefe le asignada. Señaló que había algunas personas de planta que ejercían las mismas funciones, por ejemplo en su área había 2 o 3 personas. Para presentar las cuentas de cobro él tenía que allegar una relación de las tareas que habían sido asignadas por la jefe durante el mes, porque los pagos eran mensuales.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

✓ **Testigo Juan Carlos Parra:** Manifestó que estuvo vinculado con el DPS, mediante contrato de prestación de servicios desde el 17 de julio de 2011 hasta el 6 de octubre de 2004 en el área de central de cuentas del Fondo de Inversión para la Paz y conoció al demandante porque fueron compañeros de trabajo. Puso de presente que cumplían un horario de 7:30 a 5:30 de lunes a viernes y era exigido su cumplimiento por las coordinadoras de cada área. Tenía relación con el demandante porque él estaba en el área de central de cuentas y tenía que elaborar cuenta de cobro y comprobante de pago, la cual pasaba a presupuesto y luego a contabilidad que era el área en donde se desempeñaba el actor, quien se encargaba de la parte contable de cada una de las cuentas e incluirlas en los correspondientes programas, labores que eran desarrolladas por varias personas que hacían parte del área de contabilidad. Puso de presente que cada área tenía jefes que impartían instrucciones respecto de las labores a adelantar, instrucciones que se impartían a través de correos electrónicos; además, señaló que pese a que el perfil para desempeñar dichas labores lo definía el área de recursos humanos, se trataba de asuntos que debían ser manejados por un contador público. La jefe del demandante fue la doctora Martha Luna para el periodo en que él estuvo. Aseveró que por parte de “almacén” les asignaban silla, escritorio y lugar de trabajo, por parte de “sistemas” les asignaban un computador y usuarios para cada uno de los programas que debían manejar, era un puesto asignado solamente para una persona. Los únicos descansos eran cuando compensaban tiempos por turnos para la época de semana santa, navidad y año nuevo, turnos que eran organizados por circular a través de las coordinadoras. La entidad ofrecía capacitaciones en el Ministerio de Hacienda para el programa del SIIF y otras organizadas por Recursos Humanos sobre clima organizacional, las cuales eran de obligatorio cumplimiento y los enviaban por turnos para no descuidar el área.

✓ **Testigo Jeanet Garzón Urrea:** Trabaja para el DPS desde el año 2002 y conoce al demandante porque son compañeros de trabajo y precisó que él prestaba sus servicios cumpliendo horario. Aunque el demandante está en el área de contabilidad y ella en el área de tesorería, la Subdirección es una sola y físicamente los lugares de trabajo son muy cercanos es un solo espacio para todos. Sabe que el demandante es contador y ejercía funciones en el área contable, aunque sus funciones no tiene relación con las tareas desarrolladas por el demandante. Preciso que ha visto al demandante trabajar sin interrupciones mientras fue contratista y hasta el 2012, año en el cual todos los trabajadores del área financiera pasaron a ser nombrados en la planta, pero siguieron ejerciendo los mismos puestos de trabajo. Puso de presente que los enviaban a capacitarse, por ejemplo en el sistema de SIIF y algunas organizacionales como de Recursos Humanos, asistían a los encuentros de funcionarios organizados por la entidad y eran obligatorios, los traslados a los encuentros eran prestados por la entidad. Cada uno, inclusive el demandante, tiene su computador que no puede usado por otras personas porque tienen contraseñas de seguridad que son personales.

El apoderado de la entidad demandada formuló la tacha del testimonio, toda vez que la testigo tiene un proceso en contra del DPS. La testigo puso de presente que siempre seguían trabajando aunque no estuviera vigente el contrato y debía pedir permiso para ausentarse de su lugar de trabajo. A su juicio, las funciones desarrolladas en el área financiera tienen relación con el objeto natural de la entidad, porque todo presupuesto para por el área financiera, ya sea para efectuar el pago de subsidios, proveedores, infraestructura y demás.

✓ **Testigo Ana Deicy Forero Núñez:** Trabaja para el DPS desde noviembre del año 2000 y conoce al demandante porque son compañeros de trabajo, conoce las funciones desempeñadas por el demandante porque desarrollan prácticamente las mismas funciones. Son compañeros de cubículo. Preciso que ha trabajado todos estos años con el demandante, en principio, como contratistas hasta el año 2012 en donde todos los funcionarios pasaron a planta por decisión de la administración. No tuvieron derecho a vacaciones, pero tenían descansos por turnos para no dejar el área sola y organizar la compensación de los mismos, descansos que eran programados

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

#### **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

para todos los trabajadores tanto de planta como contratistas. Precisó que la jefe del demandante era la doctora Martha Luna que se desempeñaba como coordinadora. El horario que debían cumplir era de 8 am a 5:30 pm impuesto por la entidad. Para las funciones que desempeñaba tanto ella como el demandante no era absolutamente indispensable ser contador público, enlistó algunas personas que tenían otras profesiones o que no tenía profesión, pero que podían ejercer las mismas funciones, las cuales eran asignadas por la jefe de acuerdo a la cantidad de trabajo, ya fuera por correo o verbalmente. Todos los trabajadores del área tenían asignado su puesto de trabajo desde el momento en que ingresan a la entidad y el computador es personal para cada uno. Recibían capacitaciones de SIIF, de impuestos, de bienestar, de crecimiento personal. Todos los contratistas eran calificados por Talento Humano o por algunas firmas. Cuando el demandante pasó de contratista a empleado de planta continuó desarrollando las mismas funciones.

El apoderado de la entidad demandada tachó la testigo porque tiene una demanda en contra del DPS por las mismas razones y con la misma apoderada del aquí demandante.

#### **Cuestión previa**

Previo a resolver el fondo de la controversia, se considera necesario agotar el aspecto relacionado con la tacha de los testimonios rendidos por la señoras Jeanet Garzón Urrea y Ana Deicy Forero Núñez, formulada por el apoderado de la entidad demandada, la cual se sustenta en que las testigos tienen respectivas demandas en contra del DPS por similares circunstancias a las que aquí se debaten.

Para resolver sobre esta **tacha de testigo** es importante, en primera medida, tener en cuenta lo previsto en el Artículo 211 del Código General del Proceso, que reza:

*“ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las parte podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de su parentesco, dependencias, sentimientos o intereses en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

*La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.*

El despacho considera que la tacha formulada no se encuentra llamada a prosperar, toda vez que, si bien es cierto las declarantes manifestaron tener en curso un proceso en contra del DPS por hechos y causas similares a las que aquí se discuten, no es menos cierto que no se demuestra que existan vínculos de parentesco o dependencia entre las testigos y el demandante que comprometan necesariamente su imparcialidad; antes bien, lo perseguido por la parte actora con las declaraciones, es demostrar la configuración de los elementos del contrato realidad con personas que estuvieron en similares circunstancias fácticas, para su caso particular, que en nada afectan, perjudican o benefician a las testigos ni a las pretensiones que estas puedan perseguir con su demanda, pues cada una en su procesos deberá desplegar la actividad probatoria que corresponda, razón suficiente para darle el valor legal que le corresponde a la prueba practicada.

#### **Del contrato realidad en el ámbito internacional**

En este punto, es menester recordar que el Artículo 53 de la Carta Constitucional de 1991 establece la protección del trabajo y de los trabajadores, precisando principios mínimos fundamentales como: igualdad de oportunidades, 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, situación más favorable al trabajador, **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**, garantía de la seguridad social, entre otros; principios que no solo deben ser observados por el legislador al momento de expedir el estatuto del trabajo, sino que además deben ser acatados por la administración en condición de empleador.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Frente al principio de **primacía de la realidad sobre las formalidades**, la Recomendación Internacional del Trabajo No. 198 sobre la relación de trabajo adoptada por la OIT en 2006, señaló que la existencia de una relación de trabajo debe determinarse de acuerdo a los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, indistintamente de la manera en que se caracterice la relación y puntualmente precisó:

“(…)

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

**(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y**

**(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”. (Subrayado fuera de texto)**

Son de resaltar los literales a y b del numeral 13 de la recomendación referida, en donde se señala que los indicios a tener en cuenta para declarar la existencia de una relación laboral, pueden estar determinados por:

1. Que la labor se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona.
2. Que la prestación del servicio implica la integración del trabajador en la organización de la empresa.
3. Que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador.
4. Que debe desempeñarse dentro de un horario determinado.
5. Que se realice en el lugar indicado por quien solicita el trabajo, con cierta duración y continuidad.
6. Que requiere la disponibilidad del trabajador, suministrando herramientas, materiales y maquinaria por parte de la persona que requiere el trabajo.
7. El pago de una remuneración periódica al trabajador, que vendría a constituir su única y principal fuente de ingresos

Cabe recordar que, en la legislación colombiana, el Artículo 93 de la Constitución Política reconoce la importancia de tratados y convenios internacionales y los incluye como parte del llamado bloque de constitucionalidad y pese a que las recomendaciones de la OIT no tienen el mismo efecto vinculante que podría tener un convenio ratificado por el Estado colombiano, sí deben ser observadas y tenidas en cuenta para la interpretación y protección de derechos fundamentales.

#### Normativa interna y posición jurisprudencial

La Constitución Política ha establecido que, por regla general, los cargos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto aquellos empleos de elección popular, de libre nombramiento y remoción y que desempeñen trabajadores oficiales, disposición constitucional que fue desarrollada por la Ley 909 de 2004; mientras que, por su parte, la Ley 80 de 1993 estableció en el numeral 3º del Artículo 32 la posibilidad utilizar contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con **la administración o funcionamiento de la entidad** y estableció que dichos contratos solamente podrán celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

#### **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

planta o requieran de conocimientos especializados, resaltando además que no generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebraran por el término estrictamente indispensable.

Sin embargo, se ha visto cómo la administración en sus diferentes niveles ha utilizado los contratos de prestación de servicios para cumplir funciones misionales de la entidad desdibujando las formas propias de vinculación, razón por la cual la Corte Constitucional ha indicado que, siempre que se estructuren los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, este se entiende constituido en desarrollo y aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, y ha señalado que la independencia y autonomía del empleado o contratista respecto de la entidad en donde presta sus servicios en una relación de prestación de servicios profesionales constituye pieza fundamental de esa situación. Así, se trae en cita lo previsto por esta Corporación en Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara, por medio de la cual se estudió la demanda de constitucional presentada en contra del numeral 3º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que particularmente señaló:

*“...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”.* (Resaltado fuera de texto).

Posteriormente, la máxima guardiana de la Constitución, mediante Sentencia C – 171 de 2012, fijó ciertos límites a la contratación estatal en defensa del derecho al trabajo, resaltando de manera especial que no puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pero siendo enfática en precisar las condiciones que se configure ese criterio funcional, en los siguientes términos:

**“5.5 En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (iii) requieran de conocimientos especializados.**

En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración **no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente** de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. **Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”<sup>1</sup>; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos**

<sup>1</sup> Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral**"; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si **“las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”**; (iv) al criterio de excepcionalidad, si **“la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”**; y (v) al criterio de continuidad, si **“la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”**. (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, en cuanto a los elementos que debe demostrar la parte actora para que se declare configurada la relación laboral, el Consejo de Estado, en un caso similar al que aquí se debate, mediante sentencia del 2 de junio de 2016, con ponencia del consejero Luis Rafael Vergara Quintero, dentro del proceso No. 81001233300020120004301, señaló:

*“Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora 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 acreditar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.*

*Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”.*

Adicionalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001, unificó algunos criterios relacionados con la prescripción extintiva del derecho y la forma en que ha de restablecerse el derecho en las demandas de contrato realidad y precisó que para que se entienda configurado el mismo deben concurrir los siguientes elementos:

*“En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.*

*De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (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”.*

En consecuencia, para que se declare la existencia de la relación laboral es necesario que la parte interesada despliegue una importante tarea probatoria a efectos de demostrar que se configuran tres elementos indispensables, a saber:

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

#### **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

1. La prestación personal del servicio,
2. La remuneración, y
3. La subordinación o dependencia, siendo este último elemento el que encierra circunstancias como el cumplimiento de órdenes; la imposición de reglamentos; la permanencia en la entidad; la similitud con los funcionarios de planta la cual hace referencia al *criterio funcional* desarrollado por la Corte Constitucional y citado en precedencia y que implica la ejecución de labores correspondientes al ejercicio ordinario de las funciones de la entidad desarrolladas en las mismas condiciones del personal de planta, es decir, configurando los tres elementos de la relación laboral; la habitualidad que implica que la labor se desarrolle en el mismo horario que se desarrolla la relación laboral; un criterio excepcional, es decir, que no haya sido contratada por conocimientos especializados o para una tarea transitoria que resulte necesario redistribuir por exceso de trabajo; y la continuidad que también atañe a desempeñar funciones de carácter permanente.

#### **Del caso concreto**

Efectuadas las anteriores precisiones, debe esta sede judicial entrar a analizar si el demandante logró probar la configuración de los elementos constitutivos del contrato realidad, como se sigue:

#### **De la remuneración**

De acuerdo al material probatorio reseñado en precedencia y en particular de los contratos de prestación de servicios aportados al expediente, y las declaraciones rendidas tanto por el demandante a través del interrogatorio de parte, como por los testigos, se evidencia que el pago de todos y cada uno de ellos se efectúa mensualmente previo a demostrar el cumplimiento de las tareas asignadas durante el mes.

#### **De la prestación personal del servicio**

Está demostrado en el plenario que el demandante prestaba personalmente sus servicios en las instalaciones de la entidad, que asistía en el horario habitualmente previsto para todos los funcionarios, tenía puesto de trabajo y computador asignado y que para ausentarse del lugar de trabajo debía tramitar autorización previa, así mismo no podía delegar la ejecución del contrato sino que debía desarrollar sus actividades de forma personal; así lo manifestaron los testigos, quienes conocieron de primera mano la situación, toda vez que trabajaron durante largos periodos de tiempo con el actor en la misma oficina.

#### **De la subordinación**

Siendo este el elemento más importante de la relación laboral, toda vez que encierra varios aspectos a tener en cuenta, debe esta sede judicial precisar que se considera configurado por las razones que se exponen a continuación:

- El cumplimiento de órdenes y reglamento: Como quedó establecido de la prueba testimonial y de la declaración de parte, el demandante tenía una jefe directa (doctora Martha Luna), que le asignaba las funciones a desempeñar, revisaba e imprimía visto bueno a cada una de ellas; además impartía sus directrices a través de correos electrónicos o verbalmente, no podía ausentarse de su lugar de trabajo, participaba de los turnos de descanso asignados para todos los funcionarios y debía realizar las compensaciones de tiempo correspondientes.
- Ahora bien, siguiendo el criterio de la Corte Constitucional, según el cual la administración no puede acudir a la figura de los contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente, debe analizarse este aspecto a la luz de los criterios allí previstos, para lo cual deberá efectuarse algunas precisiones normativas, como se sigue:

Al respecto, vale la pena señalar que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social es el organismo del Gobierno nacional que busca fijar políticas, planes

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

#### **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

generales, programas y proyectos para la asistencia, atención y reparación a las víctimas de la violencia, la inclusión social, la atención a grupos vulnerables y su reintegración social y económica, para alcanzar este propósito, el Departamento trabaja integralmente en la formulación y ejecución de políticas sociales, además de realizar la coordinación de la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Centro de Memoria Histórica<sup>2</sup>.

Al consultar el organigrama de la entidad se encuentra la Subdirección de Financiera como una dependencia de la Secretaría General de la Entidad y conformada por los grupos de Presupuesto, Contabilidad, Asuntos Tributarios, Tesorería y Comisiones y Desplazamientos<sup>3</sup>; a su vez, la Resolución No. 03901 del 30 de diciembre de 2016 estableció los Grupos Internos de Trabajo, su denominación y funciones, y respecto del Grupo de Contabilidad, señaló:

1. Registrar todas las operaciones que deban reflejarse en los estados contables, de conformidad con las disposiciones emitidas por la Contaduría General de la Nación.
2. Analizar, preparar, actualizar y consolidar la información contable para su presentación a la Alta Dirección de la Entidad, cuando ésta lo requiera, y para su presentación periódica a los organismos de control, de conformidad con el Plan General de la Contabilidad Pública y demás normas vigentes.
3. Responder por la elaboración y presentación oportuna de los estados contables, con sus respectivas notas y anexos, a la Contaduría General de la Nación y demás organismos de control que lo requieran.
4. Controlar y realizar los trámites para la legalización y reembolso de los recursos manejados a través de las cajas menores que se constituyan en la Entidad, y registrar la legalización y reembolso de los mismos.
5. Efectuar las conciliaciones y verificaciones contables, presupuestales y de pagos que garanticen la consistencia y la razonabilidad de la información financiera y contable, así como la conciliación de los saldos de operaciones recíprocas y su circularización, de acuerdo con la normatividad vigente.
6. Presentar oportunamente las declaraciones tributarias y demás información tributaria que sea requerida en articulación con El Grupo Interno de Trabajo de Asuntos Tributarios.
7. Proponer al Subdirector Financiero políticas de sostenibilidad contable.
8. Actualizar en forma permanente al Subdirector Financiero en normas y conceptos contables.
9. Elaborar los informes requeridos por el Subdirector Financiero y Secretaría General.
10. Promover y desarrollar continuamente la implementación, mantenimiento y mejora del Modelo Integrado de Planeación y Gestión en sus actividades.
11. Las demás que sean asignadas, de acuerdo con la naturaleza del Área.

Así las cosas, al analizar el objeto misional de la entidad frente a las funciones asignadas para el Grupo de Contabilidad, el cual fue creado dentro de la estructura orgánica del Departamento y las pruebas arrimadas al plenario, esta sede judicial encuentra que:

1. La labor desempeñada por el demandante resulta innata del ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad, pues como lo manifestó la señora Ana Deicy Forero en su declaración y se refleja en el acto administrativo que conforma los grupos internos de trabajo, deben pasar por el grupo de Contabilidad todas las operaciones que deban reflejarse en los estados contables de la misma, función que guarda estrecha relación con el objeto contractual y las actividades a cargo del contratista, es decir, que se cumple el criterio funcional.
2. El criterio de igualdad, se considera completamente demostrado por la parte actora, toda vez que a partir del año 2012 existe en la planta de personal el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 18 asignado a la Subdirección Financiera, el cual, como bien lo señalan los testigos y se lee de la documental obrante a folios 117 a 122, es desempeñado en provisionalidad por el demandante ejerciendo las mismas funciones que desarrollaba como contratista.

<sup>2</sup> <http://www.dps.gov.co/ent/gen/Paginas/inicio.aspx>

<sup>3</sup> <http://www.dps.gov.co/ent/gen/PublishingImages/organigrama-ene-2017.jpeg>

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
 Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
 Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

- En cuanto al criterio de temporalidad o habitualidad, es evidente que la labor para la cual fue contratada el señor Hernando Borja Cardona no fue temporal ni obedeció a circunstancias particulares que obligaran a la entidad a redistribuir las labores asignadas a los funcionarios de planta, sino que fue una vinculación que se prolongó en el tiempo por más de 10 años y que finalmente desencadenó en el nombramiento el provisionalidad del actor, circunstancia que desvirtúa además la excepcionalidad, toda vez que no fue una labor que requiriera de conocimientos especializados y que debiese contratarse directamente, so pena de sacrificar las demás funciones del giro ordinario de la entidad.

En conclusión, esta sede judicial encuentra desvirtuada la existencia del contrato de prestación de servicios y configurados los elementos que constituyen el contrato realidad del señor Hernando Borja Cardona; sin embargo, previo a disponer la nulidad del acto administrativo acusado y el correspondiente restablecimiento del derecho, será necesario pronunciarse frente al fenómeno jurídico de la prescripción.

**Prescripción extintiva del derecho en contrato realidad**

La prescripción es una sanción al titular del derecho por su no ejercicio dentro del término legamente establecido para ello; sin embargo, en materia de contrato realidad, diferentes había sido las interpretaciones que se desarrollaron en torno al tema, razón por la cual el Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dictada dentro del proceso No. 230012333000201300260011, unificó lo relacionado con la materia efectuando las siguientes precisiones:

- El término con el cual cuenta el interesado para reclamar que se declare la existencia de la relación laboral y que se proceda al reconocimiento y pago de los derechos laborales a que haya lugar es de tres (3) años contados a partir de la terminación del último contrato de prestación de servicios, de conformidad con las previsiones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.
- En aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y con lapso de interrupción entre uno y otro, la prescripción debe analizarse a partir de la fecha de terminación de cada uno de ellos.
- El fenómeno jurídico de la prescripción no cobija a los aportes para pensión, toda vez que el derecho pensional es imprescriptible y se causa día a día, sin que ello cobije la devolución de dineros ya pagados por los contratistas.

Entonces, teniendo en cuenta que el demandante suscribió contratos de prestación de servicios por interregnos determinados, procederá esta sede judicial a analizar el fenómeno prescriptivo para cada uno de ellos:

No. de contrato	Fecha de Inicio	Fecha de Terminación	Fecha de vencimiento - tres años de prescripción
034 de 2000	07/10/2000	31/12/2000	31/12/2003
110 de 2001	20/04/2001	31/07/2001	
1089 de 2001	31/07/2001	31/12/2001	31/12/2004
055 de 2002	04/01/2002	31/01/2002	31/01/2005
063 de 2002	04/02/2002	31/12/2002	31/12/2005
197 de 2003	03/01/2003	31/01/2003	31/01/2006
2157 de 2003	01/04/2003	31/12/2003	
Otrosí 2157		31/03/2004	
Otrosí 2157		31/12/2004	31/12/2007
054 de 2005	17/01/2005	31/12/2005	31/12/2008
Otrosí 054		31/01/2006	
213 de 2006	01/02/2006	31/12/2006	31/12/2009
016 de 2007	11/01/2007	31/12/2007	31/12/2010
219 de 2008	16/01/2008	31/12/2008	31/12/2011

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

005 de 2009	21/01/2009	31/12/2009	31/12/2012
005 de 2010	08/01/2010	31/12/2010	31/12/2013
003 de 2011	19/01/2011	31/12/2011	31/12/2014
067 de 2012	16/01/2012	31/03/2012	31/03/2015

Así las cosas, teniendo en cuenta que la reclamación en sede administrativa fue radicada el 25 de marzo de 2015 interrumpiendo el término prescriptivo por una sola vez y el cual hasta la fecha no se ha reanudado, encuentra esta sede judicial que solamente aquellos derechos que emanen del último contrato de prestación de servicios suscrito por el actor (contrato No. 067 de 2012 desde el 16 de enero de 2012 hasta el 31 de marzo de 2012) no se encuentran prescritos, pues la reclamación se elevó dentro de los tres años siguientes a la terminación del mismo. Para los demás contratos el término prescripción se encuentra ampliamente vencido.

#### De la declaración de nulidad y el restablecimiento del derecho

Como corolario de lo anterior, se procederá a declarar la nulidad de los actos administrativos acusados y, a título de restablecimiento del derecho<sup>4</sup>, se ordenará el reconocimiento y pago en favor del demandante de: i) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas por los empleados de planta de la entidad, desde el 16 de enero de 2012 hasta el 31 de marzo de 2012, tomando como base los honorarios devengados en ese lapso<sup>5</sup>; y ii) tomar el ingreso base de cotización del demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en salud<sup>6</sup> y pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador<sup>7</sup>, por el periodo trabajado entre el 16 de enero de 2012 y el 31 de marzo de 2012.

Adicionalmente, pese a que las prestaciones sociales y demás acreencias laborales que hayan podido causarse con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 se encuentran prescritas conforme lo expuesto en precedencia, siguiendo las previsiones de la referida sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, se dispondrá que la entidad demandada tome el ingreso base de cotización del demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador<sup>8</sup>, por el periodo trabajado entre el 07 de octubre de 2000 y el 31 de diciembre de 2011 (descontando los días de interrupción).

No se accede a las pretensiones encaminadas a obtener la devolución de los dineros correspondientes a los aportes efectuados al sistema integral de seguridad social (salud y pensión), toda vez que se trata de una obligación compartida entre el empleador y el trabajador y, en ese sentido, lo que se dispone es que la entidad empleadora efectúe las cotizaciones que le corresponden como tal, de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

<sup>4</sup> Se ordena a título de restablecimiento del derecho y no a título indemnizatorio de acuerdo a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, proferida por el consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

<sup>5</sup> Se toma como base los honorarios pactados, toda vez que no obra prueba en el expediente que permita inferir que para las fechas en que se está ordenando el restablecimiento del derecho existiese en la planta de personal el cargo de profesional especializado Código 2028 Grado 18 de la Subdirección Financiera, como efecto sucedió con posterioridad.

<sup>6</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 11 de mayo de 2016, dentro del proceso No. 25000234200020130647300

<sup>7</sup> Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2011, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

<sup>8</sup> Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2011, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Frente a las pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las mismas y la indemnización por despido sin justa causa, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", mediante sentencia del 11 de mayo de 2016, con ponencia del consejero Luis Gilberto Ortégón Ortégón, dentro del proceso No. 25000234200020130647300, señaló que no se puede acceder a las mismas, toda vez que no se está frente a una relación legal y reglamentaria, razón por la cual, acogiendo dicho criterio, esta sede judicial no accede a estas pretensiones; así mismo, la referida corporación señaló que en estas demandas de contrato realidad tampoco resulta procedente acceder al reconocimiento y pago de vacaciones en dinero, por tratarse de un descanso remunerado que se sufraga solo cuando el empleado adquiere el derecho a disfrutarlas y por tanto no es posible pagarlas en dinero; en consecuencia, no resulta procedente su reconocimiento.

En lo que respecta a la pretensión encaminada a obtener el reintegro del valor descontado por concepto de retención en la fuente, retención del impuesto de industria y comercio y pólizas de cumplimiento contractual, el despacho no accede a la misma, toda vez que dichos descuentos tuvieron su fuente en la relación contractual de la demandante con la demandada y fueron girados en su momento a las entidades correspondientes; adicionalmente, demostrar la existencia de la relación laboral trae como restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de prestaciones en las mismas condiciones de los empleados de planta, pero no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato<sup>9</sup>.

El tiempo efectivamente laborado por la parte actora, se computará para efectos pensionales.

#### 1.2. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO.- DECLARAR** probada la excepción de prescripción del derecho frente a los derechos laborales que se hubiesen podido causar con ocasión de la relación laboral que se configuró frente a los siguientes contratos, conforme las consideraciones de la parte motiva:

No. de contrato	Fecha de Inicio	Fecha de Terminación	Fecha de vencimiento tres años de prescripción
034 de 2000	07/10/2000	31/12/2000	31/12/2003
110 de 2001	20/04/2001	31/07/2001	
1089 de 2001	31/07/2001	31/12/2001	31/12/2004
055 de 2002	04/01/2002	31/01/2002	31/01/2005
063 de 2002	04/02/2002	31/12/2002	31/12/2005
197 de 2003	03/01/2003	31/01/2003	31/01/2006
2157 de 2003	01/04/2003	31/12/2003	
Otrosí 2157		31/03/2004	
Otrosí 2157		31/12/2004	31/12/2007
054 de 2005	17/01/2005	31/12/2005	31/12/2008
Otrosí 054		31/01/2006	
213 de 2006	01/02/2006	31/12/2006	31/12/2009
016 de 2007	11/01/2007	31/12/2007	31/12/2010
219 de 2008	16/01/2008	31/12/2008	31/12/2011
005 de 2009	21/01/2009	31/12/2009	31/12/2012

<sup>9</sup> Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2015, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso No. 68001233100020090063601.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

#### NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

005 de 2010	08/01/2010	31/12/2010	31/12/2013
003 de 2011	19/01/2011	31/12/2011	31/12/2014

Esta prescripción no cubre los aportes de seguridad social para pensión.

**SEGUNDO.- DECLARAR** la NULIDAD de los oficios Nos. 20156100347801 del 14 de abril de 2015, 20156100552551 del 11 de mayo de 2015 y 20156400502681 del 20 de mayo de 2015, conforme a los lineamientos de la parte motiva.

**TERCERO.-** Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS** a reconocer y pagar en favor del señor **HERNANDO BORJA CARDONA**, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 19.412.062: i) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas por los empleados de planta de la entidad, desde el 16 de enero de 2012 hasta el 31 de marzo de 2012, tomando como base los honorarios devengados en ese lapso<sup>10</sup>; ii) tomar el ingreso base de cotización del demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en salud y pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador<sup>11</sup>, por el periodo trabajado entre el 16 de enero de 2012 y el 31 de marzo de 2012; y iii) tomar el ingreso base de cotización del demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador<sup>12</sup>, por el periodo trabajado entre el 07 de octubre de 2000 y el 31 de diciembre de 2011 (descontando los días de interrupción).

**CUARTO.- CONDENAR** a la **NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS** a actualizar las sumas debidas de la condena impuesta conforme al inciso 4º del Artículo 187 del CPACA, y de acuerdo con la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al demandante por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse cada pago.

**QUINTO.- DECLARAR** que el tiempo laborado por el señor **HERNANDO BORJA CARDONA**, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios desde el 07 de octubre de 2000 hasta el 31 de marzo de 2012 (salvo los días de interrupción), se deben computar para efectos pensionales.

**SEXTO.-** La **NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

<sup>10</sup> Se toma como base los honorarios pactados, toda vez que no obra prueba en el expediente que permita inferir que para las fechas en que se está ordenando el restablecimiento del derecho existiese en la planta de personal el cargo de profesional especializado Código 2028 Grado 18 de la Subdirección Financiera, como efecto sucedió con posterioridad.

<sup>11</sup> Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 201, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

<sup>12</sup> Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 201, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00147-00  
Demandante: HERNANDO BORJA CARDONA  
Demandado: NACIÓN -- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - DPS

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**SÉPTIMO.-** No condenar en costas ni agencias en derecho conforme a los lineamientos de la parte motiva.

**OCTAVO- NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**NOVENO.-** Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

**DÉCIMO.-** Ejecutoriada esta providencia, si lo hubiere, hágase entrega a la parte demandante del remanente de la suma depositada para gastos procesales, y **ARCHIVÉSE** el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN**  
Juez

AM

