

**RV: Apelación Liquidación Costas - DEmandante: Kellys Mayllen Beltrán Del Portillo.
Rad. 2014-0150**

Secretaria General Tribunal Administrativo - Cesar - Valledupar

<sgtadmincsr@notificacionesrj.gov.co>

Mié 12/01/2022 1:32 PM

Para: Secretaria Tribunal Administrativo - Seccional Valledupar <sectriadm@cendoj.ramajudicial.gov.co>

De: ALVAREZVANEGAS ABOGADOS <alvarezvanegasabogados@gmail.com>**Enviado el:** miércoles, 12 de enero de 2022 12:28 p. m.**Para:** Secretaria General Tribunal Administrativo - Cesar - Valledupar <sgtadmincsr@notificacionesrj.gov.co>; gobierno@cesar.gov.co; notificacionesjudiciales@gobcesar.gov.co; juridica@cesar.gov.co; notificacionesjudiciales@cesar.gov.co**Asunto:** Apelación Liquidación Costas - DEmandante: Kellys Mayllen Beltrán Del Portillo. Rad. 2014-0150

--

Apreciados clientes, amigos, colegas, familiares y comunidad en general.

En aras de prestar un mejor servicio, a partir de la fecha, mis asuntos personales y lo relacionado con mi actividad docente serán atendidos en mi correo personal luisangel82alvarezv@gmail.com; los asuntos relacionados con asesoría y representación jurídica y en general con mi ejercicio profesional como abogado litigante, serán atendidos en el correo de mi firma de abogados alvarezvanegasabogados@gmail.com

Atentamente,

Luis Ángel Álvarez Vanegas
Representante Legal ALVAREZVANEGAS ABOGADOS SAS
Carrera 7 N° 12 B - 63 oficina 504 Edificio San Pablo
Teléfonos: 3157390307 - 3007779819 - (031)3375726
Bogotá D.C.

ALVAREZVANEGAS ABOGADOS SAS

Asuntos Laborales, Administrativos Laborales,
Disciplinarios, Salud, Pensiones,
Riesgos Laborales y Seguridad y Salud en el Trabajo.
Responsabilidad Extracontractual.
Recurso Extraordinario de Casación Laboral
y de la Seguridad Social.

Honorables Magistrados

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Magistrado Ponente: doctor Carlos Alfonso Güechá Medina

E. S. D.

Ref: Proceso ordinario promovido por KELIS
MAYLLEN BELTRAN DEL PORTILLO contra
DEPARTAMENTO DEL CESAR. Rad. 2014-0150

LUIS ÁNGEL ÁLVAREZ VANEGAS, mayor de edad identificado con la cédula de ciudadanía número 12.435.431 de Valledupar, portador de la tarjeta profesional de abogado N° 144412-d1 del Consejo Superior de Judicatura, con domicilio en Bogotá D.C., actuando en calidad de apoderado del demandante en el proceso de la referencia, con el debido respeto interpongo recurso de reposición y en subsidio apelación respecto del auto mediante el cual fueron aprobadas las costas, por las siguientes razones:

1. De conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, “[s]olo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En el presente asunto no existe prueba de que se causaron y mucho menos que se comprobaron, en caso de haberse causado.
2. El Tribunal no aplicó correctamente los criterios rectores previstos en el artículo 366 del Código General del Proceso, por lo que las considero excesivas:

ALVAREZVANEGAS ABOGADOS SAS

Asuntos Laborales, Administrativos Laborales,
Disciplinarios, Salud, Pensiones,
Riesgos Laborales y Seguridad y Salud en el Trabajo.
Responsabilidad Extracontractual.
Recurso Extraordinario de Casación Laboral
y de la Seguridad Social.

- El tiempo que transcurrió en el Consejo de Estado no debe tenerse en cuenta para efectos de liquidar las costas, porque la Alta Corporación no condenó en costas en segunda instancia.
 - En segunda instancia la parte demandada no realizó gestión alguna.
 - La gestión desarrollada por los apoderados de las demandadas no se realizó de manera permanente, porque solo se limitó a la contestación de la demanda y asistir a la audiencia de pruebas, sin presentar alegaciones para fallo.
3. Otra de las circunstancias especiales, de las previstas en el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, es la reforma introducida al artículo 188 del Código General del Proceso, mediante la Ley 2080 de 2021, en virtud de la cual “... *la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal*”.

Si bien es una norma posterior a la sentencia de primera instancia, nada obsta para que este criterio especial sea aplicado con base en la cláusula abierta contenida el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, atendiendo a que la demanda que dio origen al proceso de la referencia no presenta una manifiesta carencia de fundamento legal debido a que al interior del Consejo de Estado se han suscitado eternas discusiones sobre la primacía de la realidad, respecto al encubrimiento de relaciones laborales con contratos de prestación de servicios, al punto que con mucha frecuencia la Alta Corporación ha variado o rectificado su postura con sentencias de unificación.

ALVAREZVANEGAS ABOGADOS SAS

Asuntos Laborales, Administrativos Laborales,
Disciplinarios, Salud, Pensiones,
Riesgos Laborales y Seguridad y Salud en el Trabajo.
Responsabilidad Extracontractual.
Recurso Extraordinario de Casación Laboral
y de la Seguridad Social.

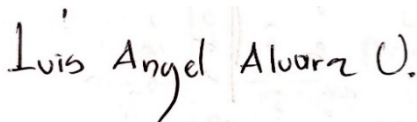
En casos similares al que nos ocupa, otra Subsección de la Sección Segunda del mismo Consejo de Estado consideró que si se daban los presupuestos para acceder a las pretensiones.

Por todo lo expuesto, con el debido respeto solicito modificar el auto recurrido y en su lugar exonere de agencias en derecho a mi poderdante o en su defecto disminuya la condena por concepto de agencias en derecho.

Anexo sentencias proferidas en los procesos promovidos por Celidet Roca Solano y Ana Isabel Ochoa Támara.

Agradezco la atención prestada.

Atentamente,



LUIS ÁNGEL ÁLVAREZ VANEGAS

C.C. N° 12.435.431 de Valledupar

T.P. N° 144412-D1 del Consejo Superior de la Judicatura.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 20001-23-33-000-2014-00151-01 (1318-2016)
Demandante : **Ana Isabel Ochoa Tamara**
Demandado : Departamento del Cesar - asamblea
Tema : Contrato realidad

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 28 de enero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 74 a 101). La señora Ana Isabel Ochoa Tamara, mediante apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el departamento del Cesar - asamblea, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare (i) la nulidad de «[1]a comunicación de fecha 2 de diciembre de 2013, [...] suscrita por el [p]residente de la [m]esa [d]irectiva de la [a]samblea del Cesar», y del «[...] acto ficto o presunto que se produjo con el silencio del [d]epartamento del Cesar ([g]obernación [...]), al no dar respuesta a la petición de fecha 29 de noviembre de 2013»; y (ii) que «[...] laboró [...] en calidad de empleada pública, de manera continua e ininterrumpida, durante el lapso comprendido entre el 21 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010» (sic).

A título de restablecimiento del derecho, se condene (i) al pago de salarios dejados de percibir, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, primas de navidad, vacaciones y servicios, vacaciones, devolución de las sumas retenidas por concepto de retención en la fuente, aportes al sistema general de seguridad social en pensiones y salud, cesantías y sus intereses, sanción moratoria por no consignación de estas a un fondo antes del 15 de febrero de cada año y todos aquellos emolumentos que debió recibir;



(ii) «[...] a crear el empleo correspondiente para el ejercicio de funciones de carácter permanente [...]»; y (iii) a reintegrarla «[...] al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior jerarquía, en las mismas o mejores condiciones de trabajo y remuneración», con el pago de todas las prestaciones a que haya lugar, sumas que deben indexarse.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la actora que «[...] prestó sus servicios directamente al [d]epartamento del Cesar ([a]samblea [...] [y] [g]obernación [...]) durante el lapso comprendido entre el 21 de enero de 2008 y el 31 diciembre de 2010, mediante contratos de prestación de servicios», cuyas «[...] labores desempeñadas [...] fueron de manera continua e ininterrumpida [...]», y «[...] no eran trabajos ocasionales o transitorios; ni se requerían para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; ni para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos [...]», entre otros.

Que «[...] cumplió sus funciones obedeciendo las órdenes e instrucciones de las directivas de la [a]samblea [d]epartamental del Cesar y de quienes desempeñaban [...] cargos de dirección, manejo y confianza», pues «[...] fue vinculada para prestar sus servicios en la [u]nidad de [a]poyo [n]ormativo [...]» de esa dependencia.

Dice que «[e]l 27 de noviembre de 2013 [...] presentó petición al [d]epartamento del Cesar ([a]samblea [...]) en el mismo sentido de las pretensiones de esta demanda» (sic), negada con oficio de 2 de diciembre siguiente.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos demandados los artículos 1, 25, 53 y 125 de la Constitución Política; 32 de la Ley 80 de 1993; 22, 23, 161 y 204 de la Ley 100 de 1993; 1 a 3, 5 y 8 a 10 de la Ley 443 de 1998; 1 a 3, 5, 11, 20 y 41 de la Ley 909 de 2004; 2 del Decreto 2800 de 1968; 5 y 8 a 11, 14, 15, 18 a 21 y 40 del Decreto 3135 de 1968; 1, 2, 10, 43 a 47 y 51 del Decreto 1848 de 1969; 2, 3, 6, 7, 13, 14 y 18 del Decreto 1950 de 1973; y 5, 8 a 10, 12 a 14, 17, 18, 24, 25, 28, 30, 32, 33, 37, 38, 40, 44 y 45 del Decreto 1045 de 1978.

Arguye que prestó sus servicios de manera personal, continua y subordinada, como elementos propios de una relación laboral, y por ello tiene derecho a que se le reconozcan las prestaciones propias de este vínculo, motivo por el cual los actos acusados están viciados de nulidad, pues niegan el pago de las



prestaciones reclamadas, dada la suscripción de los contratos de prestación de servicios.

Agrega que «[...] *se requiere la creación de un empleo para que [...] desempeñe sus funciones, en tal caso [...] quedará vinculada a la administración en provisionalidad mientras se provee el cargo con un empleado con derecho de carrera administrativa [...]*».

1.5 Contestación de la demanda (ff. 131 a 138). La entidad accionada, por intermedio de apoderado, se opuso a la prosperidad de las súplicas del libelo introductorio; respecto de los hechos afirmó que unos son ciertos, otros no y los demás no le constan, por lo que deben probarse; y formuló las excepciones denominadas falta de integración del litisconsorte necesario, inexistencia de elementos probatorios que prueben una relación laboral y de la obligación que se demanda.

Asevera que no existió relación laboral con la actora, puesto que estuvo vinculada a la entidad mediante contratos de prestación de servicios autorizados por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que excluyen reconocimientos prestacionales.

1.6 La providencia apelada (ff. 309 a 337). El Tribunal Administrativo del Cesar, en sentencia de 28 de enero de 2016, negó las súplicas de la demanda (con condena en costas), al considerar que «[l]as pruebas documentales allegadas al plenario, no permiten inferir la certeza de [la existencia de una relación laboral] [...] por cuanto solo se cuenta con los contratos de prestación de servicios suscritos, los cuales dan cuenta de interrupciones entre el **21 de julio de 2008 y el 27 de enero de 2009, entre el 27 de julio de 2009 y el 19 de agosto de ese mismo año, entre el 31 de diciembre de 2009 y el 18 de enero de 2010 y entre el 30 de junio de 2010 y el 3 de agosto de ese mismo año, pues no se allegó por parte de la accionante comprobantes de pago, constancia de aportes a seguridad social, entre otros documentos que hubieran permitido la demostración [de] su permanencia ininterrumpida en la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL CESAR**» (sic).

En lo atañedor a la declaración de la actora recaudada en la audiencia de pruebas, celebrada el 21 de octubre de 2015, que «[...] *deja sin piso ciertos aspectos [relatados] por las testigos y trae al proceso, [unos] [...] que no fueron abordados en la demanda, pues en el libelo no se precisó que [ella] [...] hubiera suscrito contratos con el [d]epartamento del Cesar, en los per[í]odos en que se*



carecía de disponibilidad presupuestal para efectuar el pago de los contratistas, pues se infirió siempre, que la designación como parte demandada devenía de la posible ausencia de capacidad de la [a]samblea [d]epartamental para ser parte en el proceso judicial» (sic).

Sostiene que no se configura «[...] un verdadero vínculo laboral, pues la labor desarrollada por la accionante no posee en la Corporación un cargo de similares características en la planta de personal, es decir, que esa labor sólo puede ser adelantada por quienes se vinculen a través de contratos de prestación de servicios, y si bien se demostró [...] el cumplimiento de un horario, ello [...] se da en casos como este, a manera de una simple coordinación, pues teniendo claro que los diputados no sesionan todos los días, debían impartirse directrices para la adecuada prestación de los servicios contratados [...]» (sic).

*Que «[...] en lo que respecta a la remuneración percibida [...], al proceso no se allegó certificación alguna, constancia, desprendible de pago, ni extractos bancarios que dieran cuenta de la retribución percibida por la [actora], lo que demostraría que efectivamente permaneció vinculada a la **ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL CESAR** y al **DEPARTAMENTO DEL CESAR**, percibiendo la contraprestación que en su declaración aduce se realizó siempre de manera puntual, aspecto de gran utilidad en el proceso, pues no se precisó en la demanda que la entidad le adeudara dinero por los per[í]odos que no fueron objeto de contrato escrito» (sic).*

Por último, precisa que en lo concerniente «[...] a la pretensión de declaratoria del acto ficto presuntamente configurado por la falta de respuesta del [d]epartamento del Cesar a la petición de reconocimiento de prestaciones sociales que le fue formulada [...] el 29 de noviembre de 2013, [...] tal omisión no se evidencia, habida cuenta que ese ente territorial, por razones de competencia remitió a la [a]samblea [d]epartamental a través de la oficina de asuntos internos, mediante formato 123A [de esa fecha] [...], para que atendiera la petición [...], aspecto que fue puesto de presente en la respuesta emitida [...] el [...] 2 de diciembre de 2013, la cual es objeto de cuestionamiento a través de este medio de control [...]».

1.7 El recurso de apelación (ff. 343 a 353). Inconforme con la anterior sentencia, la actora, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación, al estimar que sí se configuró una relación laboral, pero el *a quo* valoró de manera equivocada las pruebas e interpretó erróneamente las normas aplicables al caso,



por cuanto «[...] *están demostrados los elementos* [...]» de aquella.

Que está probada «[...] *la prestación personal del servicio en la entidad* [...] *con los contratos de prestación de servicios aportados con la demanda que dan cuenta de una iniciación para el día 21 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010. Respecto a la continuidad de los servicios* [...], *las dos testigos* [...], *coinciden en afirmar que mientras terminaban un contrato y firmaba otro la demandante continuaba realizando las mismas funciones* [...]».

Advierte que «[t]ampoco es cierto que [...] *haya omitido plantear en la demanda que estuvo vinculada* [...] *al [d]epartamento del Cesar, porque en el hecho 1* [...]» se expone con claridad esa situación.

Que, en lo referente al elemento de subordinación, las testigos y la accionante declararon que esta «[...] *obedecía órdenes del Secretario General de la [a]samblea, en cuanto a labores de digitación, y a los diputados en calidad de asistente. La supuesta inconsistencia de la que habla el Tribunal no existe por las declaraciones tienen como elemento común la dependencia* [...]».

Indica que «[e]n cada uno de los contratos existe una cláusula denominada *valor del contrato, de donde es determinable la remuneración mensualizada [sic] que percibía* [...] *y servirá de base para determinar la remuneración durante el tiempo laborado sin contratos de prestación de servicios y para liquidar las prestaciones sociales* [...]».

Que, sobre la permanencia en las labores, «[...] *está plenamente demostrado* [...] *que* [...] *cumplió las mismas funciones durante más de tres años; además en la [a]samblea* [...] *se requiere la presencia de una persona que transcriba las actas de las sesiones y que digite otros documentos*».

Por último, que la exigencia del cumplimiento de las mismas funciones por un empleado de planta no es uno de los elementos de la relación laboral.

II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 25 de febrero de 2016 (f. 355) y admitido por esta Corporación a través de auto de 7 de julio de 2017 (f. 360), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.



2.1 Alegatos de conclusión. Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con providencia de 15 de septiembre de 2017 (f. 366), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad en la que guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA a esta Corporación le corresponde conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación, se contrae a determinar si entre las partes se configuró una relación laboral, a pesar de su vinculación mediante órdenes de prestación de servicios, en consecuencia, si tiene derecho al pago de prestaciones sociales no devengadas durante el tiempo que laboró como auxiliar administrativa¹, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

3.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

En principio, cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios, la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), dispone:

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 general relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Posteriormente, este artículo fue modificado por los Decretos 165 de 1997, 2209 de 1998 y 2170 de 2002, que precisaron «*solo se realizarán para fines*

¹ A pesar de que esta no fue la denominación dada en las órdenes de prestación de servicios, del objeto de estas se desprende que puede llamarse de esa manera, en la medida en que la actora se obligó a desarrollar actividades como: (i) transcripción de las actas provenientes de las sesiones ordinarias y extraordinarias de la asamblea del Cesar y de las diferentes comisiones y (ii) las demás afines con la naturaleza del servicio.



específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar».

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no pueden asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Por su parte, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones «*no puedan realizarse con personal de planta o*» y «*en ningún caso [...] general relación laboral ni prestaciones sociales*», contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en sentencia C-154 de 1997, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

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.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968², «[p]or el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil [...]», dispone:

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

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

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

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

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una

² Modificado por el Decreto 3074 del mismo año.



relación laboral. Frente al tema, expuso:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

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 laborales³.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁴

³ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, expediente 5001-23-31-000-1998-03542-01 (202-10).

⁴ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente 81001-23-33-



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, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine*.

3.4 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) La accionante prestó sus servicios como auxiliar administrativa en la asamblea del Cesar desde el 21 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010, en virtud de las siguientes órdenes de prestación de servicios:

Orden	Inicio	Finalización	Folios
5 de 21 de enero de 2008	21/01/2008	30/07/2008	32 y 33
Interrupción de 119 días hábiles			
5 de 27 de enero de 2009	27/01/2009	30/07/2009	34 a 36
Interrupción de 11 días hábiles			
20 de 19 de agosto de 2009	19/08/2009	20/12/2009	37 y 38
1 de 20 de diciembre de 2009 (adición)	20/12/2009	31/12/2009	39 y 40
Interrupción de 9 días hábiles			
5 de 18 de enero de 2010	18/01/2010	30/06/2010	41 y 42
Interrupción de 21 días hábiles			
28 de 3 de agosto de 2010	03/08/2010	31/12/2010	43 y 44



b) El 29 de noviembre de 2013 (ff. 22 a 31), la actora solicitó del departamento del Cesar – asamblea el reconocimiento de una relación laboral, negado mediante oficio de 2 de diciembre siguiente (f. 21).

c) Dentro de este proceso judicial se recaudaron los testimonios de las señoras Laura Vanessa García de la Rosa y Consuelo Vides Ovallos, así como la declaración de la actora. Los testigos relataron circunstancias concernientes a la prestación de servicios de esta como auxiliar administrativa del referido ente, así como su desempeño en las funciones que le encargaban, el cumplimiento de horario y la supeditación a funcionarios de la asamblea en el ejercicio de su trabajo (ff. 272 a 279).

d) Se allegó informe suscrito por la secretaria general de la asamblea del Cesar, en el que relaciona las obligaciones asignadas a la accionante en cada orden de prestación de servicios (ff. 200 a 202).

e) De acuerdo con la estructura de la planta de personal de la asamblea del Cesar, se cuenta únicamente con el cargo de secretaria general, en la medida en que, a través de la ordenanza 1 de 21 de febrero de 2001, se suprimieron los empleos de asesor, profesional universitario especializado, profesional universitario, auxiliar administrativo, auxiliar de servicios generales y celador y, por ende, «[...] las vinculaciones contractuales se han venido efectuando a través de contratos de prestación de servicios» (ff. 203 a 209).

De las pruebas relacionadas en el acápite anterior, se tiene que la demandante prestó sus servicios como auxiliar administrativa a la asamblea del Cesar, vinculada a través de órdenes de prestación de servicios, durante los siguientes períodos:

Orden	Inicio	Finalización
5 de 21 de enero de 2008	21/01/2008	30/07/2008
Interrupción de 119 días hábiles		
5 de 27 de enero de 2009	27/01/2009	30/07/2009
Interrupción de 11 días hábiles		
20 de 19 de agosto de 2009	19/08/2009	20/12/2009
1 de 20 de diciembre de 2009 (adición)	20/12/2009	31/12/2009
Interrupción de 9 días hábiles		
5 de 18 de enero de 2010	18/01/2010	30/06/2010
Interrupción de 21 días hábiles		
28 de 3 de agosto de 2010	03/08/2010	31/12/2010



También se encuentra acreditado que durante los períodos de interrupción de las órdenes anteriores, la demandante prestaba sus servicios en la gobernación del Cesar.

Por último, se probó que el 29 de noviembre de 2013, la accionante solicitó del Cesar – asamblea el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, negado con el acto demandado.

Sobre la configuración del contrato realidad, resulta oportuno precisar que si bien varía un poco la literalidad del objeto en cada una de las vinculaciones de la actora, lo cierto es que se tiene como una actividad constante la de transcribir las actas de las sesiones ordinarias y extraordinarias de la asamblea del Cesar en su plenaria y diferentes comisiones, lo que atañe a una función permanente de esa corporación, por cuanto, de acuerdo con los artículos 299⁵ y 300⁶ de la

⁵ «Artículo 299. En cada departamento habrá una corporación político-administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental, la cual estará integrada por no menos de 11 miembros ni más de 31. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio, y podrá ejercer control político sobre la administración departamental.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de cuatro años y tendrá la calidad de servidores públicos.

Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad, con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección.

Los miembros de la Asamblea Departamental tendrán derecho a una remuneración durante las sesiones correspondientes y estarán amparados por un régimen de prestaciones y seguridad social, en los términos que fijen la ley».

⁶ «Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: 1. Reglamentar el ejercicio de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del Departamento. 2. Expedir las disposiciones relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, el apoyo financiero y crediticio a los municipios, el turismo, el transporte, el ambiente, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera. 3. Adoptar de acuerdo con la Ley los planes y programas de desarrollo económico y social y los de obras públicas, con la determinación de las inversiones y medidas que se consideren necesarias para impulsar su ejecución y asegurar su cumplimiento. 4. Decretar, de conformidad con la Ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales. 5. Expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental y el presupuesto anual de rentas y gastos. 6. Con sujeción a los requisitos que señale la Ley, crear y suprimir municipios, segregar y agregar territorios municipales, y organizar provincias. 7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta. 8. Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal. 9. Autorizar al Gobernador del Departamento para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas Departamentales. 10. Regular, en concurrencia con el municipio, el deporte, la educación y la salud en los términos que determina la Ley. 11. Solicitar informes sobre el ejercicio de sus funciones al Contralor General del Departamento, Secretario de Gabinete, Jefes de Departamentos Administrativos y Directores de Institutos Descentralizados del orden Departamental. 12. Cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y la Ley. Los planes y programas de desarrollo de obras públicas, serán coordinados e integrados con los planes y programas municipales, regionales y nacionales. Las ordenanzas a que se refieren los numerales 3, 5 y 7 de este artículo, las que decretan inversiones, participaciones o cesiones de rentas y bienes departamentales y las que creen servicios a cargo del Departamento o los traspasen a él, sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobernador. 13. Citar y requerir a los Secretarios del Despacho del Gobernador para que concurran a las sesiones de la asamblea. Las citaciones deberán hacerse con una anticipación no menor de cinco días y formularse en cuestionario escrito. En caso de que los Secretarios del Despacho del Gobernador no concurran, sin excusa aceptada por la asamblea, esta podrá proponer moción de



Constitución Política, 36⁷ del Decreto 1222 de 1986⁸ (modificado por el 3 de la Ley 1981 de 2009) y la Ley 56 de 1993⁹, las asambleas departamentales sesionan y están integradas por comisiones, además de la plenaria, lo que evidencia claramente que las funciones contratadas tienen relación directa con la finalidad del órgano demandado. Otras de las funciones ejercidas fueron las de «*elaborar y digitalar oficios, proposiciones y proyectos de ordenanzas y ponencias a cargo del diputado responsable de la unidad de apoyo normativo*», «*recepcionar llamadas telefónicas y mensajes*» y «*coordinar reuniones [...]*» (sic), entre otras, las que también son afines a la naturaleza del demandado.

En ese sentido, contrario a lo afirmado por el *a quo*, se encuentra demostrado con la copia de las órdenes de prestación de servicios y las pruebas recaudadas (documentos, testimonios e interrogatorio de parte), la existencia de los elementos de la relación laboral, por un lado, (i) **la prestación personal del servicio**, por cuanto efectivamente la demandante fue contratada por el accionado como auxiliar administrativa, según el objeto contractual ya relatado, lo que implica que fue quien prestó el servicio; por otro, (ii) **la remuneración por el trabajo cumplido**, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un «*VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO*» con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a recibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), según la suma acordada en cada contrato. Sin embargo, cabe anotar que si bien no se aportó prueba de los pagos recibidos, el ente demandado no lo controvertió ni se opuso a ello, razón por la cual ha de entenderse que sí los efectuó, al cumplir sus obligaciones contractuales.

censura. Los Secretarios deberán ser oídos en la sesión para la cual fueron citados, sin perjuicio de que el debate continúe en las sesiones posteriores por decisión de la asamblea. El debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario y deberá encabezar el orden del día de la sesión. 14. Proponer moción de censura respecto de los Secretarios de Despacho del Gobernador por asuntos relacionados con funciones propias del cargo, o por desatención a los requerimientos y citaciones de la asamblea. La moción de censura deberá ser propuesta por la tercera parte de los miembros que componen la asamblea. La votación se hará entre el tercero y el décimo día siguientes a la terminación del debate, con audiencia pública del funcionario respectivo. Su aprobación requerirá el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que integran la corporación. Una vez aprobada, el funcionario quedará separado de su cargo. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia a menos que la motiven hechos nuevos. La renuncia del funcionario respecto del cual se haya promovido moción de censura no obsta para que la misma sea aprobada conforme a lo previsto en este artículo».

⁷ «Artículo 36. Las Asambleas deberán integrar comisiones encargadas de dar informes para segundo y tercer debate a los proyectos de ordenanza, según los asuntos o negocios de que dichas comisiones conozcan y el contenido del proyecto.

Ningún Diputado Podrá pertenecer a más de dos (2) comisiones permanentes y obligatoriamente deberá ser miembro de una. [...]

⁸ «Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental».

⁹ «Por la cual se desarrollan parcialmente los artículos 272, 299 de la Constitución».



En lo concerniente a (iii) la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por la actora en el ente demandado y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no.

De acuerdo con los artículos 299 y 300 de la Constitución Política y sus normas reglamentarias, las asambleas departamentales son corporaciones político-administrativas del orden territorial que ejercen funciones públicas y se encargan de velar por el bienestar político, económico y social de los habitantes de los departamentos, con el propósito de efectuar un control político y coadministración sobre el gobierno departamental.

Así las cosas, una asamblea departamental, en este caso la del Cesar, ejerce sus funciones entorno al estudio, debate, modificación, presentación y aprobación de proyectos de ordenanzas y proposiciones para la buena marcha de la entidad territorial, que constituyen sus funciones de carácter permanente y principal, que guardan total similitud con las desempeñadas por la accionante, en tanto que denotan una sujeción y dependencia de quien ejerza ese cargo, al propio tiempo que corroboran que no puede existir coordinación para el desarrollo de una presunta relación contractual para desempeñar esa labor, puesto que se trata de funciones que atañen a la esencia misma de tal órgano.

Además, de las declaraciones recaudadas (enunciadas en la letra c del listado de pruebas que antecede), no existe duda sobre la configuración de los 3 elementos de la relación laboral antes descritos, en especial el de subordinación, en la medida en que los referidos testimonios merecen credibilidad, toda vez que relatan la manera como la demandante ejecutó los servicios para los cuales fue contratada, y en armonía con las órdenes de prestación de servicios obrantes en el expediente, permiten evidenciar la concurrencia de dichos elementos; pero, sobre todo, que prestó la labor en forma subordinada o dependiente respecto del empleador, sujeta a órdenes del personal superior del ente.

Se aclara que el principio de coordinación, ínsito en los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con independencia, sin embargo, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito.



Diferente es la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, este cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del trabajo de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle. En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el trabajador desarrolle sus labores, sin que le asista ningún tipo de independencia.

Por consiguiente, se reitera que en el presente caso no puede hablarse de coordinación, habida cuenta de que el desempeño de las funciones por parte de la actora estaba sujeto a la imposición de medidas y/o órdenes del demandado, tales como: la imposición de horario prácticamente inmodificable debido al funcionamiento de la institución, solicitudes de permisos, imposibilidad en la prestación del servicio por otras personas, sino directamente por la contratista, y, además, la situación referente a que debía cumplir diferentes labores relacionadas con la institución, lo que denota sin lugar a dudas que el accionado, en su condición de empleador, tenía la posibilidad de disponer del trabajo de la demandante, lo que demuestra la existencia de una verdadera subordinación.

Estima la Sala, con base en los testimonios rendidos por las señoras Laura Vanessa García de la Rosa y Consuelo Vides Ovallos, que las actividades cumplidas por la accionante como auxiliar administrativa requerían de su presencia en la forma, modo y horario que determinara el demandado, pues se trataba de funciones que concernían al desarrollo propio de la asamblea departamental, principalmente la transcripción de las actas en las que se discutieran ordenanzas y proposiciones.

Por lo tanto, valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que si bien la reclamante se vinculó a la asamblea del Cesar a través de órdenes de prestación de servicios, se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculos, circunstancia que originó una relación laboral distinguida por la permanencia y continuidad en su ejecución y la correspondiente subordinación.

Así las cosas, al presente asunto le es aplicable el principio de «*la primacía de la realidad sobre formalidades*», pues es indudable que se configuraron los 3 elementos de una relación laboral, en tanto desempeñaba personalmente la labor en un cargo que revestía las características de permanente y necesario para el funcionamiento de la asamblea departamental, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia.



La jurisprudencia de esta sección ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones¹⁰, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

Cabe anotar que pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, puesto que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior¹¹, por lo que no es posible acceder a esta específica pretensión.

Ahora bien, sobre los argumentos del *a quo*, se advierte que no es de recibo su afirmación sobre la interrupción en las órdenes de prestación de servicios para con ello descartar la existencia de una relación laboral. Sobre este punto, vale la pena aclarar que, en efecto, tal como se indicó en la parte inicial de este acápite, la accionante estuvo vinculada con la Administración en diferentes períodos, por lo que existió, en principio, falta de continuidad en la prestación del servicio, pero de las pruebas recaudadas no es dable sostener lo mismo, en la medida en que tanto los testigos como la actora expusieron que cuando esta no había firmado los respectivos contratos, acudía a las instalaciones de la gobernación para continuar con sus labores, con lo que se acredita la permanencia, lo que no fue desvirtuado por el demandado.

En el mismo sentido, no es de recibo que la primera instancia haya descartado los testimonios recaudados en el proceso debido a una supuesta falta de exactitud en las declaraciones, por cuanto lo que se pretende es que las versiones coincidan en un 100% y que además se expresen con términos claros para

¹⁰ Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo, consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez Orozco.

¹¹ «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.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público [...].»



corroborar los hechos que rodean el asunto *sub examine*. Es así que esta Sala difiere de la valoración probatoria dada a aquellos y les da plena credibilidad.

Por ende, se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado, por cuanto está acreditada la existencia de una relación laboral entre las partes, por lo que se declarará su nulidad.

En lo atinente al fenómeno jurídico-procesal de la prescripción, como en este caso la prestación del servicio de la accionante para todos los efectos ha de entenderse ininterrumpida desde el 21 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010¹², en aplicación de la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016¹³ que fijó la regla, entre otras, de que «[q]uien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual», es dable concluir que desde la finalización del último vínculo contractual (31 de diciembre de 2010) y el 29 de noviembre de 2013, cuando ella presentó la petición en sede administrativa, no trascurrieron más de 3 años¹⁴, por lo tanto, no se encuentra configurado el mencionado fenómeno extintivo.

En tales condiciones, resulta necesario establecer las prestaciones sociales que serán pagaderas a la actora, para lo cual debe advertirse que para la época en que ella prestó sus servicios no existía el cargo de auxiliar administrativa en la estructura operativa de la asamblea del Cesar, por lo que tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las correspondientes prestaciones sociales, teniendo como base para su liquidación el valor de los honorarios pactados.

Sobre las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «*contrato realidad*», sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios»¹⁵, no obstante, en

¹² Toda vez que, si bien se evidenció que las órdenes de prestación de servicios tuvieron interrupciones que van desde 9 hasta 119 días hábiles, al interior de este proceso se acreditó que durante esos lapsos la accionante continuó con la prestación del servicio, por lo que esta se entiende ininterrumpida.

¹³ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹⁴ En lo concerniente al término prescriptivo, su fundamento normativo está consagrado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de 3 años contados a partir del momento en que el derecho se hace exigible y que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador.

¹⁵ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 29 de abril de 2010, expediente 05001-23-31-000-2000-04729-01 (821-09), posición reiterada por la misma subsección en fallo de 6 de octubre de 2011 dentro del proceso 25000-23-25-000-2007-01245-01 (493-11).



pronunciamiento de 21 de enero de 2016¹⁶, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, se precisa, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados¹⁷, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978¹⁸, que dispone:

Artículo 20º.- De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

- a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;
- b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016¹⁹, la sección segunda de esta Corporación determinó, entre otras reglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación

¹⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, providencia de 21 de enero de 2016, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 05001-23-31-000-2005-03979-01 (2316-12).

¹⁷ De conformidad con el Decreto 3135 de 1968, «*por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*», artículo 8º, «*Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por los reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosos [...]*».

¹⁸ Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República mediante Ley 51 de 1978, «*por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional*».

¹⁹ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.



laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos y órdenes de prestación de servicios, «[...] *pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo*».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre la supuesta contratista y la Administración, corresponde compensarle a la primera el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005²⁰.

Frente al reconocimiento de las primas, las bonificaciones, los auxilios, las cesantías y sus intereses, cabe destacar que esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2016²¹, precisó que «*con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, [...] 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*». Asimismo, en providencia de 6 de octubre siguiente²² aclaró que «*el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que no es posible reconocer prestaciones sociales*

²⁰ «Artículo 1°. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado».

²¹ Expediente 810012333000201200020-01 (316-2014).

²² Expediente 660012333000201300091 01 (237-2014).



de carácter extralegal que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando la accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas».

En virtud del derrotero jurisprudencial expuesto, a la actora le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que para el momento de los hechos devengaban los trabajadores del departamento del Cesar y en especial aquellos de planta que laboraban como auxiliares administrativos, tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que ella carece.

En ese sentido, le corresponderá a la entidad accionada al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales que serán objeto de liquidación a favor de la actora.

Dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, el accionado deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 21 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, se deben tener en cuenta las cotizaciones que realizó la accionante al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

En lo referente a la devolución de los aportes efectuados por la demandante a salud y pensión, lo cierto es que, en criterio de la sala mayoritaria²³, esos

²³ Del cual en pronunciamientos anteriores se ha apartado el suscrito ponente, porque la devolución del porcentaje de cotizaciones al sistema integral de seguridad social en salud y pensiones hace parte del restablecimiento del derecho del demandante (lo que estará sujeto al fenómeno prescriptivo), y una decisión en contrario podría constituir un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad estatal demandada. De igual manera, una cosa es que las entidades completen al sistema los aportes correspondientes a pensión (que comporta un derecho imprescriptible), como se dejó sentado en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, y otra, la devolución de lo que el demandante tuvo que sufragar respecto del porcentaje que correspondía a su empleador, que, se insiste, integra su restablecimiento del derecho.



recursos del sistema integral de seguridad social son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado. En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por los mencionados conceptos en la forma solicitada por la demandante, que será negado.

Sobre la pretensión encaminada a obtener el reintegro al cargo, se advierte que cuando el contrato u orden de prestación de servicios formalmente celebrado entre una persona natural y una entidad pública, en la realidad, contiene los tres elementos propios de una relación de trabajo (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación), surge, en este caso, para la trabajadora el derecho a que se le reconozcan todas las prestaciones sociales no a título indemnizatorio como reparación del daño, sino a manera de restablecimiento del derecho; sin embargo, ello no conlleva reconocerle el estatus de empleada pública y, consecuentemente, a ser reintegrada, por cuanto tal condición presupone la existencia de un acto administrativo que disponga el nombramiento, de la posesión en el cargo y de disponibilidad presupuestal²⁴.

Lo mismo ocurre con la pretensión de la creación de un cargo para que la accionante desempeñe sus funciones, pues tal pedimento excede las competencias de esta Corporación, en la medida en que, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1227 de 2005²⁵, concierne a una atribución propia de la Rama Ejecutiva.

En lo atañedor a la sanción moratoria pretendida por la accionante, no se accede a esta, en la medida en que la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con esta sentencia.

En cuanto a la pretensión de reembolso de las sumas descontadas por concepto de retención en la fuente, esta subsección ya se ha pronunciado al respecto²⁶, en el sentido que no es dable acceder a ella, puesto que es derrotero de esta Corporación²⁷ que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo idóneo para ventilar tal súplica, dado que esa figura reviste un cobro anticipado de un impuesto, esto es, un concepto

²⁴ Así lo sostuvo el Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, en sentencia de 10 de febrero de 2011, sección segunda, subsección A, expediente 73001-23-31-000-2008-00081-01 (1618-09), C. P. Gustavo Gómez Aranguren.

²⁵ «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998».

²⁶ Sentencia de 1º. de noviembre de 2018, expediente 25000-23-42-000-2012-01454-01 (2550-16), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

²⁷ Sentencia de 13 de junio de 2013, expediente: 05001-23-31-000-2003-03741-01 (42-13).



tributario, que desborda el objeto de la controversia laboral del epígrafe. Además, la desnaturalización de la vinculación de la actora a través de órdenes de prestación de servicios, no implica el reintegro de dineros que se hayan erogado para su celebración²⁸.

Por último, resulta oportuno declarar en este fallo que el tiempo trabajado por la actora bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios durante el período comprendido entre el 21 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, se debe computar para efectos pensionales.

Por otro lado, en relación con la condena en costas y las agencias en derecho que corresponde a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esta Corporación, en sentencia de 1.º de diciembre de 2016²⁹, se pronunció así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse».

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

²⁸ Expediente: 68001-23-31-000-2009-00636-01 (1230-14).

²⁹ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.



Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

Por lo tanto, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, puesto que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas.

3.5 Síntesis de la Sala. Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia (que negó las súplicas de la demanda) y, en su lugar, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado y, a título de restablecimiento del derecho, se (i) declarará la existencia de una relación laboral entre las partes durante el período comprendido entre el 21 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010; (ii) ordenará al departamento del Cesar - asamblea pagar las correspondientes prestaciones sociales de carácter legal que para el momento de los hechos devengaban los trabajadores del departamento del Cesar y en especial aquellos de planta que laboraban como auxiliares administrativos, tales como vacaciones, primas, auxilios, bonificaciones, cesantías y sus intereses, desde el 21 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010; (iii) ordenará al ente demandado tomar durante el interregno del 21 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2010, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la



demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora; (iv) declarará que el lapso laborado (21 de enero de 2008 a 31 de diciembre de 2010) por la accionante como auxiliar administrativa bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios con la asamblea del Cesar, se debe computar para efectos pensionales; (v) dispondrá sufragar la compensación por el descanso que no disfrutó la accionante durante su vinculación contractual; y (vi) se negarán las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \cdot \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Revócase la sentencia de 28 de enero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Ana Isabel Ochoa Tamara contra el departamento del Cesar - asamblea, conforme a lo indicado en la parte motiva y, en su lugar:



1.1 Declárase la nulidad del oficio de 2 de diciembre de 2013, por medio del cual el presidente de la mesa directiva de la asamblea del Cesar le negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, así como el pago de las respectivas acreencias laborales, de acuerdo con la motivación.

1.2 Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho:

1.2.1 Declárase la existencia de una relación laboral entre las partes durante el período comprendido entre el 21 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010.

1.2.2 Ordénase al departamento del Cesar – asamblea: (i) pagar las correspondientes prestaciones sociales de carácter legal que para el momento de los hechos devengaban los trabajadores del departamento del Cesar y en especial aquellos de planta que laboraban como auxiliares administrativos, tales como vacaciones, primas, auxilios, bonificaciones, cesantías y sus intereses, desde el 21 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010; (ii) tomar durante el período comprendido entre el 21 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora; y (iii) sufragar la compensación por el descanso que no disfrutó la accionante durante su vinculación contractual; de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de este fallo.

1.2.3 El departamento del Cesar – asamblea hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

1.2.4 Declárase que el tiempo laborado por la demandante bajo la modalidad de



órdenes de prestación de servicios entre el 21 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, se debe computar para efectos pensionales.

1.2.5 El departamento del Cesar - asamblea deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

1.3 Niéganse las demás pretensiones de la demanda, como se indicó en la motivación.

2. Sin condena en costas.

3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

Firmado electrónicamente
CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Con salvamento de voto

Firmado electrónicamente
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CONTRATO REALIDAD – Contrato de prestación de servicios / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Análisis normativo / RELACIÓN LABORAL – Elementos / SUBORDINACIÓN – Probada. No realizaba la prestación de servicios de manera autónoma e independiente / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Desvirtuado

al analizar las actividades que le eran asignada a la contratista, tales como recepcionar los documentos que llegasen a la sectorial, derechos de petición, correspondencia interna y externa, apoyar en la recepción y atención al público externo e interno del ente contratante entre otras, se observa que las mismas no podían ser ejecutadas de manera autónoma e independiente. En esa medida, si bien en la planeación contractual se contempló la necesidad de llevar a cabo dicha contratación con un propósito específico como era descongestionar la oficina de Gestión Humana, lo cierto es que, en la medida que se prolongó la ejecución de tales actividades a cargo de la contratista aunado al hecho que las labores no eran susceptibles de realizarse en forma autónoma sino que, necesariamente debía comparecer a las oficinas de la contratante, por cuanto que, la atención al público implica la presencia personal en las dependencias de la entidad, se desnaturalizó no solo la temporalidad de los contratos sino también, la autonomía e independencia con que la contratista podía llevar a cabo las actividades contractuales. De conformidad con las versiones juradas que obran en el proceso, aunado a las pruebas documentales allegadas al plenario, encuentra la Sala que en el presente caso se demostró la prestación personal del servicio a cargo de la contratista, la remuneración percibida a título de honorarios y la ejecución de labores sometidas a la subordinación de la contratante, en la medida que, la actora desarrolló las actividades contractuales de manera dependiente y sin la autonomía que caracteriza a los contratos de prestación de servicios, motivos por los cuales, de los medios probatorios practicados en el proceso, se acredita la relación laboral que la demandante alega se configuró con el ente territorial contratante.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1564 DE 2011 / LEY 1437 DE 2011

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 20001-23-39-000-2015-00079-01(1206-16)

Actor: CELIDET MARÍA ROCA SOLANO

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CESAR

Tema: Contrato realidad – Contratista acredita que el objeto contractual lo ejecutó

de manera subordinada - Revoca sentencia que negó pretensiones.

La Sala procede a decidir el recurso de apelación que la parte demandante presentó contra la sentencia del 21 de enero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar mediante la cual, negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda.

La señora Celidet María Roca Solano, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presentó demanda contra el departamento del Cesar a fin de obtener la declaratoria de nulidad del oficio de fecha 22 de agosto de 2014 que negó la existencia de la relación laboral durante el lapso comprendido del 8 de julio de 2008 al 26 de diciembre de 2011.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se declare que la actora laboró para el departamento del Cesar en calidad de empleada pública, durante el periodo comprendido del 8 de julio de 2008 y el 26 de diciembre de 2011; así como también, se condene a reconocer y pagarle los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir tales como: prima de vacaciones, vacaciones, prima de navidad, prima de servicio, cesantías, intereses a las cesantías, aportes al sistema de seguridad social en pensión y salud, indemnización moratoria por no consignación de cesantías.

De igual manera, solicitó se ordene al departamento del Cesar crear el empleo correspondiente a las funciones ejecutadas por la actora y reintegrarla a dicho cargo, reconociéndole todos los emolumentos hasta que se haga efectivo el reintegro.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes:

HECHOS

Manifestó haber prestado sus servicios de manera directa al departamento del Cesar durante el periodo comprendido del 8 de julio de 2008 al 26 de diciembre de 2011, mediante contratos de prestación de servicios.

Sostuvo que desempeñó sus labores de manera continua e ininterrumpida, pese a que solo hubo formalmente interrupciones en los contratos de prestación de servicios pero no reales, de tal manera que, en los lapsos que no hubo contrato, prestó los servicios sin recibir pago alguno por concepto de prestaciones sociales.

Alegó que cumplió sus funciones obedeciendo las órdenes e instrucciones de las directivas de las diferentes dependencias del ente territorial, siendo básicamente sus funciones las siguientes: a. Recepcionar los archivos que lleguen a la sectorial, derechos de petición, actos administrativo, correspondencia interna y externa. b. Apoyo a la oficina de Gestión Humana en la digitación y el manejo documental. c. Archivar. D. Dar traslado inventariado de todo el archivo de la Secretaria de Educación de los docentes para el diligenciamiento de certificaciones de retiro de cesantías definitivas y parciales, a la oficina de archivo de dicha sectoriales. Apoyar a la oficina de Gestión Humana en la recepción y atención al público externo e interno de la Gobernación del Cesar. F. recepcionar hojas de vida de los docentes que realizan licencias, vacaciones e incapacidades. G. apoyar a la oficina de Gestión Humana en la digitación y el manejo documental, h. acompañamiento y apoyo de la información en la oficina de Gestión Humana. i. coadyuvar el traslado de archivos y las carpetas de hojas de vida de los docentes para cuando lo requieran, sistematizar la información. j. realizar acompañamiento en el manejo de la información resultante del proceso de digitación documental.

Afirmó que las anteriores labores eran de carácter permanente dentro de la planta global del departamento del Cesar

NORMAS VIOLADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera infringidas con el acto demandado las siguientes normas: i. De orden Constitucional los artículos: 13, 25, 48 y 53. De orden legal, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el Decreto 2400 de 1968, el decreto 1950 de 1973, la Ley 790 de 2002 y la Ley 244 de 1998.

Formuló como cargo de nulidad concreto contra el acto acusado, el haber incurrido el mismo en violación directa de norma de carácter superior, por cuanto en su expedición desconoció el artículo 53 de la Constitución, norma que consagra el principio de primacía de la realidad sobre las formas, en virtud del cual, el factor determinante de la existencia del contrato de trabajo es la prestación real del servicio bajo subordinación, de tal manera que, para el caso concreto, no puede soslayar el fallador que la accionante prestó sus servicios durante más de 3 años mediante contratos de prestación de servicios y que en los interregnos entre uno y otro contrato, la actora prestó sus servicios con la aquiescencia de la entidad, por lo que no se produjo la solución de continuidad.

2. OPOSICIÓN A LA DEMANDA

El departamento del Cesar presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a las súplicas de la misma, afirmando que de los objetos de los contratos suscritos entre las partes no puede predicarse una vinculación laboral.

Además, manifestó que para obtener la calidad de empleada pública se deben cumplir una serie de presupuestos establecidos en la Carta Superior, los cuales, no fueron acreditados por la demandante.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Cesar negó las pretensiones de la demanda, para lo cual, sostuvo que la vinculación contractual celebrada entre la actora y el departamento del Cesar no guarda continuidad en relación a la prestación propia de los servicios prestados.

Además, consideró dicha colegiatura que las obligaciones ejecutadas por la contratista no tenían el carácter de permanente ni subordinadas, en la medida que la actora solo brindaba apoyo en la organización de las hojas de vida y de la documentación allegada dentro de la oficina de Gestión Humano, así como realizar el archivo de las mismas.

Aunado a lo anterior, indicó que revisados el manual de funciones, requisitos mínimos y competencias laborales de los empleados de planta del departamento del Cesar y de la secretaria de educación y cultura, se logró constatar que en ninguno de los cargos existentes tiene como función específica las obligaciones contractuales que fueron encomendadas a la demandante, motivos por los cuales, concluyó que no se acreditaron los elementos de la relación laboral que se aduce existió.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

Arguye la parte demandante que, la prestación personal del servicio se encuentra demostrada tal como se deduce de las declaraciones testimoniales. Así mismo, alega que las labores fueron realizadas de manera continua e ininterrumpida debido a que cuando terminaba un contrato y la iniciación del siguiente, la actora prestaba sus servicios para ganarse la voluntad del jefe inmediato para que la pudieran contratar nuevamente.

En cuanto a la subordinación, menciona que el testigo Leizer Maestre relató que los coordinadores y los jefes inmediatos exigían que hicieran tal o cual cosa, lo que demuestra que la actora no era autónoma e independiente en el cumplimiento de sus funciones ni tampoco existía una relación de coordinación.

De otra parte, sostiene que si bien no son elementos esenciales de la relación laboral la permanencia y exigencia de cumplimiento de funciones por un empleado de planta, lo cierto es que está acreditado que la accionante cumplió las mismas funciones durante más de 3 años.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La parte demandante guardó silencio en esta oportunidad procesal mientras que la entidad accionada manifestó que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a legalidad y reiteró lo expuesto en el escrito de contestación a la demanda.

6. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no emitió concepto en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida en primera instancia y sin que se evidencien vicios que acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial, se procederá a plantear el siguiente

Problema jurídico

Determinar si la accionante desvirtuó la presunción legal contenida en el artículo 32, inciso 3º de la Ley 80 de 1993 en la medida que con los medios probatorios debidamente decretados y practicados en el proceso, demostró que la ejecución de las labores contratadas para llevar a cabo actividades de apoyo en digitación y manejo de archivo documental para desatrasar la oficina de Gestión Humana de la secretaria de educación y cultura departamental del Cesar, se hizo bajo la subordinación de la contratante y de manera permanente que desnaturalizó la relación contractual que sostuvieron las partes bajo la modalidad de contratos de prestación de servicio.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala analizará la presunción contenida en el inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en materia del contrato de prestación de servicio. En segundo orden, examinará la importancia y

necesidad de la prueba para acreditar los elementos de la relación laboral para finalmente, resolver el caso en concreto. A continuación procede la Sala a desarrollar el problema jurídico planteado.

De la presunción contenida en el inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Dentro del listado de contratos tipificados por la Ley 80 de 1993, se encuentra el consagrado en el artículo 32 denominado de prestación de servicio, cuya norma reza de la siguiente manera:

“3o. Contrato de prestación de servicios.

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 conocimiento especializado.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Dicha normatividad contempló una presunción *iuris tantum*, al establecer que en ningún caso estos contratos- entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales.

Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que “... el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.”

Y, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser *iuris et de iure*, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de

existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicio, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de acreditar los elementos configurativos de la relación laboral en especial, la subordinación a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

De la necesidad de la prueba y su valoración para acreditar los elementos configurativos de una relación laboral.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del Código General del Proceso, que trata acerca de la necesidad de la prueba en los procesos y que de manera específica establece que «Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho», precepto aplicable al presente proceso contencioso administrativo por remisión normativa consagrada en el artículo 211 de la Ley 1437 de 2011¹.

En este campo, por regla general cada parte tiene la carga de probar sus afirmaciones, con las excepciones establecidas en la ley. Así se aplica desde el Derecho Romano, conforme a los aforismos «*onus probandi incumbit actori*», o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción, y «*reus in excipiendo fit actor*», es decir, que el demandado cuando excepciona o se defiende se convierte en demandante para el efecto de tener que probar los hechos en que funda su defensa.

En el ordenamiento colombiano ésta regla es consagrada en el campo del Derecho Privado en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2011, el cual señala que: «Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...», disposición que igualmente resulta aplicable en esta clase de asuntos conforme el citado artículo 211 de la Ley 1437 de 2011.

¹ **ARTÍCULO 211. RÉGIMEN PROBATORIO.** En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con la doctrina jurídica procesal, en materia de apreciación de las pruebas, es decir, de la actividad intelectual del juzgador para determinar su valor de convicción sobre la certeza, o ausencia de ésta, de las afirmaciones de las partes en el proceso, existen tres sistemas de valoración, siendo acogido por nuestro ordenamiento procesal el sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual, el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Es así como el Código General del Proceso, en su artículo 176 dispuso que «Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos...»

Este sistema requiere que por parte del administrador de justicia realice una motivación acerca de los medios de prueba utilizados por las partes y la apreciación valorativa de las mismas, en la que sin duda, juega un rol preponderante la experiencia del servidor judicial unido a la lógica, todo ello tendiente a generar el más certero y eficaz razonamiento².

En virtud de lo anterior, corresponde a la Sala examinar si en efecto, de acuerdo a las pruebas que reposan en el expediente, la parte actora demuestra la configuración de la totalidad de los elementos configurativos de la relación laboral que alega existió y en virtud de la cual, reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Caso concreto.

Arguye la parte demandante que se demostró con la prueba testimonial la prestación personal del servicio. Así mismo, alega que las labores fueron realizadas de manera continua e ininterrumpida debido a que, entre la terminación de un contrato y la iniciación del siguiente, la actora prestaba sus servicios para ganarse la voluntad del jefe inmediato a fin de que la pudieran contratar nuevamente.

² Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962.

Teniendo en cuenta las inconformidades manifestadas por la parte actora y de acuerdo al problema jurídico planteado, la Sala procede al estudio de los medios probatorios practicados en el proceso entre los cuales, obran los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora Celidet María Roca Solano y el departamento del Cesar, necesarios para establecer los objetos contractuales y sus periodos o plazos pactados que permitirán determinar si en efecto, la prestación del servicio se produjo de manera continua e ininterrumpida como lo alega la recurrente.

Número de contrato	Fecha de inicio	Fecha finalización	Plazo	Continuidad o interrupción	Objeto del contrato	folio
505/2008	27/06/2008	26/12/2008	6 meses	continuo	Acompañamiento de los procesos sistemático de digitación de información que se desarrollan en la secretaria de educación y cultura.	1003
103/2009	27/02/2009	26/08/2009	6 meses	Interrupción de 2 meses 1 día.	Ibidem	958
1148/2009	21/10/2009	20/12/2009	60 días	Interrupción de 1 mes y 25 días	Ibidem	1040
84/2010	27/01/2010	12/12/2010	10 meses 15 días	Interrupción de 1 mes y 6 días	Brindar apoyo en la oficina líder del programa de gestión humana de la gobernación del cesar en lo relacionado con la digitación documental, recepción y archivo de los documentos que lleguen a dicha sectorial	1084
85/2011	31/01/2011	30/11/2011	10 meses	Interrupción de 1 mes y 19 días.	ibidem	1145

Al valorar la Sala los contratos de prestación de servicios suscritos por la señora Celidet María Roca Solano con el departamento del Cesar, se observa que la relación contractual existente entre las aludidas partes comportó una ligera continuidad, en tanto que, entre la terminación de un contrato y la celebración de uno nuevo, se presentaron interrupciones no mayores a 2 meses, lo que permite apreciar que la vinculación contractual perduró por un lapso de 2 años y 10 meses.

Lo anterior, si bien no acredita necesariamente que la accionante desarrolló de manera subordinada la actividad de sistematización y manejo documental de la secretaria de educación y cultura departamental, por cuanto que, la prolongación contractual *per se* no constituye prueba directa de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, tal circunstancia permite inferir la necesidad que la entidad tenía de llevar a cabo las actividades desarrolladas por la accionante.

En ese orden, es pertinente indicar que en la planeación contractual³ tendiente a la estructuración de la contratación respectiva, la entidad contratante indicó como definición de la necesidad para la misma lo siguiente:

«TENIENDO EN CUENTA QUE LA OFICINA LÍDER DE PROGRAMA DE GESTIÓN HUMANA TIENE EN EL MOMENTO ACUMULADO Y ATRASADO MUCHOS DE SUS PROCESOS DIARIOS, NO PERMITIÉNDOLE ASÍ DAR RESPUESTA OPORTUNA A CADA UNA DE LAS PERSONAS A LAS QUE TIENE EL DEBER DE OFRECERLES UN SERVICIO DE MANERA EFICIENTE.

POR LO TANTO, SE HACE NECESARIO LA CONTRATACIÓN DE UN FUNCIONARIO QUE APOYE ESTOS PROCESOS TÉCNICOS DEL ÁREA DE INFORMÁTICA OPERADOR DE SISTEMAS QUE APOYE EN TODO LO RELACIONADO CON LA DIGITACIÓN DE LOS PROCESOS QUE SE LLEVAN A CABO EN LA MENCIONADA OFICINA...⁴»

Como puede notarse, la contratación celebrada por el ente territorial demandado con la accionante tuvo como principal razón el atraso y acumulación que se presentaba en la oficina de Gestión Humana, de tal manera que, con el concurso o apoyo de la contratista pretendía la contratante obtener como resultado esperado de la ejecución contractual, la digitación y organización documental en dicha dependencia.

En ese orden, al analizar las actividades que le eran asignada a la contratista, tales como recepcionar los documentos que llegasen a la sectorial, derechos de petición, correspondencia interna y externa, apoyar en la recepción y atención al público externo e interno del ente contratante entre otras, se observa que las mismas no podían ser ejecutadas de manera autónoma e independiente.

En esa medida, si bien en la planeación contractual se contempló la necesidad de llevar a cabo dicha contratación con un propósito específico como era descongestionar la oficina de Gestión Humana, lo cierto es que, en la medida que se prolongó la ejecución de tales actividades a cargo de la contratista aunado al hecho que las labores no eran susceptibles de realizarse en forma autónoma sino que, necesariamente debía comparecer a las oficinas de la contratante, por cuanto

³ Ver folio 1036, 1079 y 1030 del proceso.

⁴ Mayúscula sostenida texto original.

que, la atención al público implica la presencia personal en las dependencias de la entidad, se desnaturalizó no solo la temporalidad de los contratos sino también, la autonomía e independencia con que la contratista podía llevar a cabo las actividades contractuales.

Como puede notarse, las obligaciones contractuales pactadas y ejecutadas por la contratista tenían un nexo relacional con las actividades que se llevaban a cabo de manera ordinaria en la oficina de Gestión Humana, de tal manera que, si bien de la planeación contractual se puede inferir que lo perseguido por la contratante no era que desarrollara dichas actividades de manera permanente sino estrictamente por los periodos contratados a fin de conjurar el atraso y acumulación que se presentaba en la misma y que le impedía dar solución o respuestas con prontitud y en forma oportuna, lo cierto es que, la realidad probatoria demuestra no solo la ejecución personal del servicio contratado, sino que además, el mismo no tuvo el carácter temporal que quizás la planificación contractual concibió, sino que por el contrario, la actividad se extendió por un lapso mayor a los 2 años, encontrándose la contratista en la imposibilidad de ejercer las mismas de manera independiente.

Adicionalmente a lo expuesto, las declaraciones testimoniales rendidas en el proceso dejan ver que los coordinadores y los jefes inmediatos exigían que la contratista hiciera determinadas labores, lo que reitera que la actora no era autónoma e independiente en el cumplimiento de sus funciones.

Es así como en el proceso se practicó la prueba testimonial consistente en recepcionar declaración jurada a los señores Leizer Maestre Arias⁵ y Abdón Ruiz Daza⁶, personas que manifestaron haber laborado en el departamento del Cesar para el periodo 2008 – 2011 y quienes respecto de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que la actora desarrolló las obligaciones contractuales señalaron lo siguiente:

Declaración de Leizer Maestre Arias.

⁵ Laboró para el ente territorial durante el periodo 2008-2011, como auxiliar de enfermería, en el programa de zoonosis, dictando charlas en los municipios del Departamento. Audio audiencia de prueba minuto 3:28 en adelante.

⁶ Laboró en el Departamento del Cesar como auxiliar administrativo, en el área de archivo departamental, para los años 2008-2011. Audio audiencia de prueba minuto 20:50 en adelante.

«(...) Preguntado: Laboralmente tuvo la oportunidad de compartir con la demandante. Contestó: si, por que yo llegaba a la oficina de ella, siempre la encontraba en la oficina de educación y cuando eso el doctor Oscar Labastidas que era el jefe actual de ella, era amigo mío y la encontraba siempre desempeñando las labores. Preguntado: Que sabe usted de las labores desempeñadas por la señora Celidet Roca Solano en el Departamento del Cesar, que área específica, en que tiempo. Contestó: Como en el mes de junio de 2008, fue la primera vez que la vi laborando hasta el 2011, 26 o 31 de diciembre que se nos vencía el contrato, la encontraba en el área de archivo manipulando los archivos de la oficina del doctor Oscar Labastida, luego la encontré en la oficina de educación manejando lo que era las hojas de vida... Preguntado: Que conocimiento tiene usted acerca de que horario debía cumplir la demandante. Contestó: Estando laborando en esta administración a todos nos exigían el mismo horario, de 7:45 a 12:00 y luego de 2:00 a 5:45. Preguntado: Dígale al despacho, si las labores desempeñadas por la señora Celidet María Roca Solano, durante el periodo que usted acabó de mencionar comprendido del 2008 al 2011, fueron de manera continua e ininterrumpida. Que tiene que decir al respecto. Contestó: Claro, eran de manera continua porque nos exigían, a mí personalmente y con ella lo comprobé, nos exigían un horario extenso... ósea, cuando se nos terminaba el contrato nosotros seguíamos para ganarnos la voluntad del jefe para que nos siguieran contratando, a veces se regalaban unos días, como se dice, para que nos pudieran contratar. Preguntado: Dígale al despacho si la señora Celidet María Roca Solano fue subordinada durante el tiempo que laboró con el departamento del Cesar. Contestó: Si, uno como contratista siempre nos asignaban unos coordinadores, a parte de los coordinadores, el jefe inmediato nos exigían y nos ordenaban que hiciéramos tal cosa. Preguntado: Recuerda usted el nombre de los coordinadores de Celidet. Contestó: Coordinadores así no... Preguntado: Dígale al despacho, si después de desvinculada de la gobernación del Cesar, la señora Celibet María Roca Solano, continúan otras personas desempeñando las funciones que ella realizaba. Contesto: Si, siempre, al salir uno, inmediatamente contratan otro personal. Preguntado: Conoce usted a la persona que actualmente desempeña su función. Contestó: no, porque desde que salimos nosotros muy poco... no tengo conocimiento de las nuevas personas...»

Declaración de Abdón Ruiz Daza.

«(...) Preguntado: Diga si conoce a la señora Celidet Roca Solano y en caso afirmativo, si usted tiene alguna relación de parentesco con ella. Contestó: a la señora Celidet si la conozco por que a inicios del 2008, tuve la oportunidad de conocerla en esa área para la cual ella laboraba... le puedo afirmar que en esos 8 meses tenía la oportunidad de tratar con ella en los pocos espacios que habían dialogábamos, porque además, era compañera mía, de ahí, por orden del doctor Oscar Labastidas, me reasignaron, me enviaron a otra dependencia, lo cual reitero se llamaba secretaria general... Preguntado: En que dependencia la conoció usted exactamente, si recuerda la fecha, que tipo de funciones desarrollaba ella en esa área. Contestó: Yo la conocí en Gestión Humana, ella ejercía labores netamente de secretaria, dependía directamente del doctor Oscar porque era casi como la asistente de esa oficina... manejaba como organizando hojas de vida, como corroborando informaciones... preguntado: Ella estaba sujeta al cumplimiento de algún horario. Contestó: la administración era casi que estricta en ese tema de los horarios, nosotros por la necesidad del trabajo, obviamente nos veíamos sometidos, sometidos no, teníamos que buscar la forma de sostener el trabajo, entonces, en la gobernación siempre han manejado un horario que comienza entre 7:45 de la mañana y van hasta las 12:45, allá eran muy estricto, sobre todo en el área de Gestión Humana porque se supone que todo el personal que está vinculado en la administración se enfoca mucho a esa área, porque cuando necesitan tramitar algún tipo de diligencia, llámese permiso u otro tramite, depende mucho de esa oficina, la necesidad que todas personas que estábamos vinculados tuviéramos esa responsabilidad de estar en ese lapso de tiempo y en las horas de la tarde, también íbamos de 2:45 hasta las 5:45, esos eran los horarios que teníamos casi que cumplir

con la permanencia...Preguntado: Dígale al despacho, quien era la persona que le daba las órdenes a la señora Celidet Roca Solano durante el tiempo que prestó sus servicios en la gobernación departamental del Cesar. Contestó: El señor Oscar Labastidas, posterior a él, ese puesto estuvo ocupado por Víctor Montaña. Preguntado. Dígale al despacho si la señora Celidet Roca Solano prestaba el servicio cuando terminaba un contrato hasta tanto renovaran un nuevo contrato. Contesto: Si claro, esa era una de las (sic), específicamente le puedo decir que era casi que una obligación porque estábamos a expensas de tener continuidad en el trabajo, entonces, nos pedían que sirviéramos de apoyo, que siguiéramos, pero sin tener una vinculación o algo que nos representara una compensación frente al trabajo prestado...»

De acuerdo con las versiones juradas antes transcritas, se tiene que existe unicidad en las declaraciones rendidas, en tanto que, ambos declarantes afirmaron ver a la contratista en las oficinas de la secretaria de educación, sometida al cumplimiento de horarios fijados por la entidad territorial, recibiendo órdenes e instrucciones del señor Oscar Labastidas, persona que, según el decir de los deponentes, era su jefe inmediato.

En esa medida, se tiene que lo manifestado por los declarantes, en especial por el señor Abdón Ruiz Daza merece total credibilidad, toda vez que, lo manifestado por este corresponde a una percepción directa de los hechos expuestos, en la medida que fue compañero de labores en la misma dependencia donde la demandante prestó sus servicios como contratista, lo que sin duda dejar ver el contacto directo que tuvo con la accionante en la ejecución de sus contratos que le permite con naturalidad describir los hechos en la forma como acaecieron.

De conformidad con las versiones juradas que obran en el proceso, aunado a las pruebas documentales allegadas al plenario, encuentra la Sala que en el presente caso se demostró la prestación personal del servicio a cargo de la contratista, la remuneración percibida a título de honorarios y la ejecución de labores sometidas a la subordinación de la contratante, en la medida que, la actora desarrolló las actividades contractuales de manera dependiente y sin la autonomía que caracteriza a los contratos de prestación de servicios, motivos por los cuales, de los medios probatorios practicados en el proceso, se acredita la relación laboral que la demandante alega se configuró con el ente territorial contratante.

Es necesario precisar, si bien por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante, no por ello se le puede otorgar la calidad de empleada pública, también lo es, que al ser desvirtuado la presunción contenida en el artículo 32, inciso 3º de la Ley 80 de 1993, conlleva a que le sea reconocido y pagado a la actora las diferencias que por su condición de contratista no recibió

tales como cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas legalmente otorgadas a los demás empleados con cargo similar, además de las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de cotización en pensión y por los siguientes lapsos acreditados en el plenario:

Fecha de inicio	Fecha finalización
27/06/2008	26/12/2008
27/02/2009	26/08/2009
21/10/2009	20/12/2009
27/01/2010	12/12/2010
31/01/2011	30/11/2011

Debe precisar la Sala que respecto del reconocimiento y pago en el componente de seguridad social, solo es viable proferir condena por la diferencia de valor que legalmente le corresponde a la entidad pagar teniendo en cuenta los honorarios pactados por las partes, suma de dinero que deberá ser girada a la respectiva entidad previsional y no a la demandante, como quiera que, lo procedente es ordenar al departamento del Cesar tomar durante el tiempo comprendido por los periodos contractuales antes señalado, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante con fundamento en los honorarios pactados a fin de realizar los aportes al respectivo fondo de pensiones escogido por la actora, correspondiente a la suma faltante por concepto de cotización a pensión pero solo en el porcentaje que le corresponde legalmente a la entidad.

De otro lado y en relación con la sanción moratoria por el no pago de las cesantías, en el presente asunto no es posible ordenar pago alguno por mora en la cancelación de dicha prestación social, por cuanto que, solo a partir de la ejecutoria de la presente sentencia que determinó con aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, la existencia de una verdadera relación laboral es que se hace exigible los derechos prestacionales para la demandante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- REVOCASE la sentencia de fecha 21 de enero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar por medio de la cual, negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- DECLARASE la nulidad del Oficio de fecha 22 de agosto de 2014 que negó la existencia de la relación laboral entre las partes y consecuentemente, el reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas.

TERCERO.- DECLARASE con aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, la existencia de una verdadera relación laboral entre el departamento del Cesar y la señora Celidet María Roca Solano; en consecuencia, **ordenase** el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como cesantías, intereses a las cesantías, primas legalmente otorgadas, correspondiente a los periodo que a continuación se relacionan:

Fecha de inicio	Fecha finalización
27/06/2008	26/12/2008
27/02/2009	26/08/2009
21/10/2009	20/12/2009
27/01/2010	12/12/2010
31/01/2011	30/11/2011

CUARTO.- A título de restablecimiento del derecho, **ordenase** al departamento del Cesar tomar durante el tiempo antes señalado, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante con fundamento en los honorarios pactados a fin de realizar los aportes al respectivo fondo de pensiones escogido por la

accionante, correspondiente a la suma faltante por concepto de cotización a pensión pero solo en el porcentaje que le corresponde legalmente a la entidad.

QUINTO.- Niégase las demás pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEXTO.- El departamento del Cesar hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Por la Secretaría de la Sección Segunda devuélvase el proceso al Tribunal de origen y déjense las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Los Consejeros,

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS CARMELO PERDOMO CUÉTER