

Radicado No.
13001333300520180000100

Cartagena de Indias D. T. y C., junio diecisiete (17) de dos mil diecinueve (2019).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-005-2018-00001-00
Demandante	ETTY YULIET CALVO RAMIREZ
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA-DADIS
Tema	Contrato realidad
Sentencia No.	096

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponde en la presente acción que en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora ETTY YULIET CALVO RAMÍREZ, a través de su apoderado judicial, contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD (DADIS).

2. ANTECEDENTES**- HECHOS**

Que la señora ETTY JULIETH CALVO RAMIREZ estuvo vinculada al Distrito de Cartagena de Indias, desde el día 01 de junio de 2009 hasta el día 31 de diciembre de 2014 mediante contrato de prestación de servicios cuando realmente existía era una relación laboral.

Que durante el tiempo que estuvo vinculada se dieron los elementos necesarios para que se estructurara un contrato de trabajo como; Subordinación: porque estuvo sometida al cumplimiento de horarios de trabajo, a las instrucciones de un superior y a la entera disponibilidad del Departamento Administrativo de Salud del Distrito de Cartagena; que ejercía una prestación personal del servicio, primero, como personal de apoyo a la gestión y después como ingeniera ambiental para la vigilancia del agua para consumo humano y diversión, y recibía una contraprestación.

Que estuvo vinculada al Distrito de Cartagena de Indias y el Departamento Administrativo de Salud del Distrito de Cartagena – DADIS, con contratos de prestación de servicios sucesivos, de diferentes fechas, valores, números y duración desde 01 de junio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2014, y nunca le cancelaron cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, primas de vacaciones, vacaciones, aportes a pensión y salud, conceptos a los cuales considera tiene derecho. Y que pese que no le reconocía tales conceptos le hacían a sus salarios la retención en la fuente del 5% mensual.

Que por el no pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho se causó la sanción moratoria, la cual se debe liquidar con base en el último salario devengado por la demandante, o por un trabajador de planta que realice las mismas labores siempre y cuando el salario devengado por este sea mayor al de los contratos suscritos por la poderdante, como se expresa en jurisprudencia del Consejo de Estado.

**Radicado No.
13001333300520180000100**

Hace referencia a jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre contrato realidad de la Sección Segunda Subsección A Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 23 de septiembre de 2010, dictada dentro del proceso N° 13001233100020040147201, con radicado interno N° 1784-8, demandante HAMALL TOM DE CARMONA y del Tribunal Administrativo de Bolívar que afirma es similar al caso.

Que se presentó reclamación administrativa ante la entidad el día 04 de noviembre de 2016, la cual fue negada por acto administrativo AMC-OFI-0118433-2016, interponiendo recurso de apelación el día 12 de diciembre de 2016, el cual a la fecha no ha sido decidido por la administración, configurándose así el silencio administrativo negativo.

- PRETENSIONES

1. Que se declare nulidad del acto administrativo AMC-OFI-0118433-2016 de 23 de noviembre de 2016, y el acto Administrativo ficto o presunto que se constituyó por la no resolución del recurso de apelación interpuesto el día 12 de diciembre de 2016.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del Derecho, se declare la existencia del contrato de trabajo, por la teoría del contrato realidad, entre la demandante y el Distrito de Cartagena - DADIS, en el periodo comprendido entre el 01 de junio de 2009 hasta el día 31 de diciembre de 2014.
3. Que se condene a la demandada a reconocer y cancelar a la señora ETTY CALVO RAMIREZ, las prestaciones sociales, como son cesantías definitivas, intereses de cesantías, primas de servicios, prima de vacaciones, primas de navidad, vacaciones, aportes a pensión y salud, diferencias salariales dejados de pagar, devolución de la retención en la fuente, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria, causadas durante todo el tiempo en que estuvo bajo la figura del contrato de prestación de servicios, liquidados con base en el último salario devengado por la demandante o por un trabajador de planta que realice las mismas labores siempre y cuando el salario devengado por este sea mayor al de los contratos suscritos conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado.
4. Que se condene al Distrito de Cartagena de Indias - Departamento Administrativo de Salud del Distrito de Cartagena – DADIS, a cancelar el valor de los conceptos reclamados, debidamente indexados, desde la fecha de su causación hasta el momento en que efectivamente se le cancelen.
5. Que se reconozca la sanción moratoria, por el no pago de las prestaciones sociales, oportunamente, desde el momento en que debieron cancelarse las mismas, hasta la fecha en que se paguen dichas prestaciones.
6. Que a todas las sumas reconocidas, se les aplique la indexación o actualización, desde su causación hasta la fecha del pago, además, los intereses moratorios y se condene en costas.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES**Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 31-07-2017****Página 2 de 19**

**Radicado No.
13001333300520180000100**

Se señala que la entidad demandada, desconoce y vulnera normas de rango constitucional y legal.

Normas violadas: constitución política, artículos 1, 2, 6, 11, 12, 13, 16, 20, 25, 29, 37, 38, 53, 90, 93, 95, 122, 365 y 366; Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; convenios No. 85, 87, 98, 100 y 111 de la OIT; Código Sustantivo del Trabajo, artículos 10, 27, 74, 127, 143 y siguientes.

Que se trasgredieron dichas normas por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas de dar protección al trabajo como derecho fundamental del trabajador, por cuanto entre la demandante y el Distrito de Cartagena de Indias- DADIS se configuró una relación laboral, legal y reglamentaria, a pesar que dicha entidad disfrazó la misma mediante contratos de prestación de servicios y, por lo tanto, tiene derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales en igualdad de condiciones a los demás trabajadores de planta.

Se refiere al artículo 32 del numeral 3 de la ley 80 de 93 en el cual se fundamentó el demandado para realizar los contratos con la demandante, afirmando que los contratos suscritos plasman una relación laboral, tipificando de esta manera un contrato realidad porque se caracterizó por cumplir la misión institucional del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DEL DISTRITO DE CARTAGENA – DADIS, de manera personal, bajo el continuo control de los supervisores de la entidad y bajo la subordinación de su jefe inmediato, el líder de programa de ambiente y salud de la dirección operativa de salud pública del departamento administrativo distrital de salud DADIS, y recibió una remuneración salarial como contraprestación del mismo, mes a mes.

Que como contratista nunca tuvo autonomía e independencia para cumplir la misión institucional del demandado, sin margen de discrecionalidad para disponer del tiempo en la ejecución del contrato por su naturaleza de realidad contractual, el cual era explícito y conciso su cumplimiento. Su estricto horario, sus claros objetivos diarios de verificación de un número de piscinas estipuladas por el supervisor, y hasta en algunos contratos que establecían un mínimo diario, todas las veces bajo el cronograma del jefe inmediato y la instrucción de este, demuestran la relación laboral.

Que como ingeniera ambiental, para la inspección y vigilancia del agua para el consumo humano y de diversión (piscina), de acuerdo a lo establecido en el plan de salud pública del Distrito de Cartagena, en cumplimiento de la misión institucional del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DEL DISTRITO DE CARTAGENA – DADIS, recibió un pago el cual fue soportado mensualmente en un formato de pago como lo establece el régimen laboral.

Se refiere a la sentencia c-154 de 1997 que declaró exequibles las expresiones contenidas en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80, salvo que se acredite la subordinación como en el presente caso.

Finalmente cita jurisprudencia del Consejo de Estado de dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017) Radicación No. 52001-23-31-000-2010-00505-02 para concluir que en los contratos de prestación de servicios, suscritos siempre se mantuvo bajo la subordinación de los supervisores del DADIS, cumpliendo órdenes de su jefe inmediato, líder de programa de ambiente y salud de la dirección operativa de salud pública del DADIS, y que los mismos demuestran que no fue un servicio



Radicado No.
13001333300520180000100

de carácter temporal, por lo que debió estar amparada por el régimen prestacional y salarial de los empleados de planta de la entidad.

- CONTESTACIÓN

Se opone a las pretensiones de la demanda por considerarlas carentes de derecho para pedir, de soporte fáctico y jurídico.

Que el DISTRITO DE CARTAGENA no ha quebrantado las normas constitucionales y legales que se alegan haber vulnerado.

Frente a los hechos señala que se atiene a lo que resulte probado en legal forma dentro del proceso y guarden conexidad con las pretensiones de la demanda.

Manifiesta que los contratos suscritos entre la contratista y el Distrito de Cartagena son contratos regulados por la ley 80 de 1993. numeral 3 del artículo 32 lo que considera significa que esta modalidad de contrato implica que: a) la labor realizada puede efectuarse con personal ajeno a la entidad, por no existir en su planta cargos para dicha función y B) que la actividad a desarrollarse requiera de conocimientos especiales que tampoco pueda proveer los trabajadores vinculados con la entidad y que dicho servicio sea temporal, pues su duración será la estrictamente necesaria para el cumplimiento de objeto.

Que no puede inferirse el contrato realidad puesto que en todos los contratos suscritos por la demandante ETTY YULIET CALVO RAMIREZ se dejó consignado en la minuta que se regirían por las disposiciones contenidas en la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, las obligaciones que desarrollaba la demandante porque no podía ser desempeñada por trabajadores de planta, si requería de conocimientos especializados, como lo prevé la norma.

Que se confunde la subordinación porque en el contrato se cuenta con una supervisión o interventoría, según el caso, pero la función de esta supervisión es para constatar la observancia de las obligaciones contraídas y ello no conlleva subordinación o dependencia del contratista al supervisor o interventor, por cuanto se trata de contratos de tracto sucesivo en los que permanentemente se debe inspeccionar la labor realizada por el contratista.

Que si bien es cierto la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público, situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad a través de contratos de prestación de servicios, regulados por la ley 80 de 1993, por lo que deben someterse a las pautas de la entidad y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades.

Cita el artículo 23 del C.S.T sobre los elementos de la relación laboral para señalar que solo cuando se dan los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y en los contratos regulados por la ley 80 de 1993, no existen esos elementos que permitan inferir que existe relación laboral.

Que la relación contractual regida por la ley 80 de 1993 se configura cuando: 1. Se acuerde la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública.;

**Radicado No.
13001333300520180000100**

2. No se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la actividad contratada, pero si con supervisión; 3. Se acuerde un valor por honorarios prestados y 4. La labor contratada no pueda realizarse con el personal de planta o se requiera conocimientos especializados.

Señala las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, afirmando dentro de ellas que en los contratos suscritos por la señora ETTY YULIET CALVO RAMIREZ, se determinó un tiempo por tal motivo su término fue definido.

Propone las excepciones de fondo: "1° INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN ALGUNA A LA CONSTITUCIÓN, POLÍTICA, LA LEY O CUALQUIER NORMA SUPERIOR" trayendo a colación sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado para aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus supervisores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación y que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. 2° INEXISTENCIA DE CONTRATO REALIDAD. Por cuanto considera que para que exista el contrato realidad debe darse los tres elementos de la relación laboral pero especialmente la subordinación o dependencia, y en el presente caso no se da ya que la demandante en ningún momento ha demostrado la subordinación o dependencia y cita y transcribe apartes de la Sentencia C-614 de 2009 e 3° INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", por cuanto, no existiendo vínculo laboral mal podría existir obligación alguna en materia de prestaciones derivadas de un vínculo laboral.

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 19 de diciembre de 2017, fue repartida el 12 de enero de 2018, se inadmitió por auto del 24 de enero de 2018, siendo admitida el 16 de febrero de ese año.

La notificación a la parte demandada se dio el 16 de abril de 2018. La demandada dio contestación a la demanda el 5 de junio de 2018, proponiendo excepciones de las cuales se dieron los respectivos traslados de que trata el parágrafo 2° del art. 175 del CPACA, fijándose las mismas el día 22 de agosto de 2018, sin que el demandante hiciera manifestación alguna.

Mediante auto del 10 de septiembre de 2018 fue fijada la fecha de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA para el día 17 de octubre de 2018, fecha en la cual celebró la misma, fijando fecha para la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, para el 12 de diciembre de 2018.

El periodo probatorio se desarrolló en tres sesiones de audiencia los días 12 de diciembre de 2018, 12 de marzo y 14 de mayo de 2019, en esta última se decidió cerrar el periodo probatorio y se citó a las partes a la audiencia de alegaciones y juzgamiento del artículo 182 CPACA, para el día 05 de junio del mismo año, advirtiendo que dentro de la misma el agente del Ministerio Público si a bien lo tuviera podía rendir su concepto también oral.



Radicado No.
13001333300520180000100

Llegado el día solo el apoderado de la entidad demandada expuso sus alegatos orales, el Ministerio público rindió concepto y se dio el sentido del fallo.

- ALEGACIONES

La apoderada de la demandante manifiesta que debe accederse a las pretensiones pues las pruebas practicadas acreditan la existencia de la relación laboral desde el inicio y fin de la vinculación, en el periodo desde junio de 2009 a 31 de diciembre de 2014.

Que se disfrazo la relación laboral con contratos de prestación de servicios en donde la demandante actuo con subordinación, cumpliendo con el objeto misional de la entidad, cumpliendo un horario y cumpliendo órdenes de funcionarios de planta; órdenes que se le impartían como el número de piscinas a vigilar y las labores debían cumplirlas en un horario.

Dijo que los testimonios de dos personas pertenecientes a la planta de personal de la entidad confirman esa relación laboral, siendo uno de ellos el supervisor.

Demostrada la relación laboral deben ser concedidas las pretensiones de la demanda.

La apoderada de la entidad demandada poniendo de presente el problema jurídico planteado dice reiterarse en las consideraciones expuestas en la contestación de la demanda y su oposición a las pretensiones. Que no se ha quebrantado ninguna norma constitucional ni legal.

Que debieron probarse los elementos de la relación laboral, lo que no se hizo. Que el material probatorio establece que la vinculación fue por contratos de prestación de servicios regidos por la ley 80 de 1993. Que las labores contratadas no eran subordinadas sino coordinadas de un objeto contractual.

Que la subordinación no se probó porque las actividades fueron como contratista autónomo. Por eso solicita se nieguen las pretensiones.

- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

No dio concepto en esta oportunidad.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

No habiendo sido observada causal alguna de nulidad que declarar, y siendo este despacho competente conforme lo establecido en los artículos 155, 156 y 157 del CPACA, se procede a decidir de fondo en el presente asunto por estar dado todos los presupuestos procesales para ello (capacidad de las partes, capacidad de ellas para comparecer al proceso, demanda en forma, presentación oportuna y cumplimiento de los presupuestos de procedibilidad).

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO



Radicado No.
13001333300520180000100

En el presente caso debe establecer el Despacho si en la relación contractual que existió entre el Distrito de Cartagena y la señora **ETTY YULIET CALVO RAMIREZ**, se configuraron los elementos de una relación laboral durante el periodo comprendido entre 01 de junio de 2009 al 31 de diciembre de 2014, específicamente la subordinación. Y de establecerse una verdadera relación laboral, determinar qué conceptos reclamados pueden ser reconocidos a la señora **ETTY YULIET CALVO RAMIREZ**.

- **TESIS**

El Despacho de acuerdo con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, y probados los elementos de la relación laboral en el sub exámine, tiene por configurado en este caso la existencia de un vínculo laboral entre la señora **ETTY YULIET CALVO RAMÍREZ** y el Distrito de Cartagena, en el lapso comprendido entre 01 de junio de 2009 al 31 de diciembre de 2014, en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 de igualdad y 53 de la Carta Política, de favorabilidad y primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. Por lo que se debe reconocer, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las prestaciones sociales que perciben los empleados públicos de la respectiva entidad contratante con funciones similares a las que desempeñó el demandante, las cuales deben liquidarse con base en los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios.

Pero debe anotar el despacho que se acredita una vinculación interrumpida lo que da lugar a que haya prescripción de prestaciones en unos periodos, más no de aportes pensionales.

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Sobre el contrato de prestación de servicios anotamos que se encuentra establecido en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 en los siguientes términos

"3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

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

Igualmente, es importante señalar las normas de la constitución relativas a la vinculación a la función pública.

"Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)... "

"Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)"

Acotando adicionalmente lo previsto en el artículo 2ª del Decreto 2400 de 1968:

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 31-07-2017

Página 7 de 19





Radicado No.
13001333300520180000100

ARTICULO 2º. Modificado, Decreto 3074 de 1968, artículo 1º. 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. (Declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 614 de 2009).

La Corte Constitucional en sentencia C- 154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así se dijo:

"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 disimiles, 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,"

De lo expuesto se concluye que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, en particular, cuando se

**Radicado No.
13001333300520180000100**

comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política; independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

La Corte Constitucional ha constatado que los poderes públicos han utilizado de forma abierta y amplía la figura del contrato de prestación de servicios, en algunos casos para enmascarar relaciones laborales y evadir el pago de prestaciones sociales, desconociendo así las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra, dejando de lado, además, la excepcionalidad de este tipo de contratación. Y ha expresado la alta corporación que en ese contexto, las garantías de los trabajadores deben ser protegidas por los órganos competentes, con independencia de las prácticas a las que acudan los distintos empleadores para evitar vinculaciones de tipo laboral. Razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado. Así lo expreso en sentencia SU-040, 09/05/18

El Consejo de Estado también ha reconocido la existencia de contratos realidad en vinculaciones con la Administración Pública. Por ejemplo, en sentencia proferida el 6 de marzo de 2008 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A" se constató la existencia de los tres elementos que configuran la relación laboral en el caso estudiado, como son prestación personal del servicio, continua subordinación y la remuneración correlativa y se indicó que la finalidad de los contratos de prestación de servicios era negar la existencia de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales que le son inherentes.

Por lo anterior se puede concluir que la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas se aplica en aquellos casos en los cuales el Estado encubre relaciones laborales en contratos de prestación de servicios, actuación que implica "desconocer por un lado, los principios que rigen el funcionamiento de la función pública, y por otro lado, las prestaciones sociales que son propias a la actividad laboral". En estos eventos, para que proceda la declaración de existencia del contrato realidad el juez deberá verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo respecto a los tres elementos que caracterizan la relación laboral (prestación personal, subordinación y remuneración como contraprestación).

En sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, la sección segunda del Consejo de Estado sentó las siguientes reglas:

i) Quien 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.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la





Radicado No.
13001333300520180000100

igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la [devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar); sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra e, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de : enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho [...].

- CASO CONCRETO

Obra certificación del Coordinador de Talento Humano-DADIS, de los contratos de prestación de servicios suscritos con la demandante (fl. 26-28 y 208); Contrato No. 0160 del 30 de junio a 30 de diciembre de 2009, con el objeto de prestación de servicios de apoyo a la gestión (fl. 31); Contrato No. 0142 de 29 de enero a julio de 2010 (fl. 34); Contrato No. 0293 de 17 de agosto a diciembre de 2010 (fl. 37); Contrato No. 123 del 30 de marzo al 20 de diciembre de 2011 (fl. 39); Contrato No. 0157 del 23 de marzo del 22 de julio de 2012 (fl. 42); Contrato No. 2082 del 12 de septiembre al 31 de diciembre de 2012 (fl. 45); Contrato No. 1787 del 22 de marzo al 31 de diciembre de 2013 (fl. 49);

**Radicado No.
13001333300520180000100**

Contrato No. 10-119 de 24 de enero a 30 de julio de 2014 (fl. 52). Esta constancia se expide el 26 de marzo de 2014.

Y a folio 29 obra copia del contrato 10-321-2014 firmado el 26 de agosto de 2014, con plazo hasta el 31 de diciembre de 2014. Y de folios 31 a 52 la de los contratos certificados.

De folios 54 a 74 obra pantallazos de correos enviados por el Dr. Héctor Alvis Gaviria, a la demandante asignando zona de recorrido y muestreo, le pide apoyo y colaboración, dice que retire los frascos para el muestreo, también bolsas para muestreo; la convoca a reunión, le indica tomar muestras en dos salidas de la Planta en tanque Lomas y Manhole; solicita informe de actividad, formatos para ser llenados; le recuerda en que puntos debe medir pj, cloro residual y tomar muestra adicional de físico químico;

Reclamación y acto demandado obran a folios 13, 18 y 23.

Testimonios de JUAN BAUTISTA OSORIO JIMENEZ y HÉCTOR ALIRIO ALVIS GAVIRIA.

El señor HÉCTOR ALIRIO ALVIS GAVIRIA, identificado C. C. No. 73.086.881, dijo que reside en la ciudad barrio España, de profesión ingeniero de alimentos de la Universidad de Cartagena, con especialización, dijo trabajar en el DADIS, División salud pública, su cargo es Profesional Universitario en el área de la salud, esta vinculado desde 1981 al Ministerio de Salud y en año 1994 paso al Distrito en DADIS, siempre como empleado de planta de la entidad, en carrera administrativa. Conoce a la demandante desde 2009 que ella entró a trabajar con CPS. No está actualmente vinculada, ella trabajo cuatro o cinco años, prestaba los servicios en el área salud ambiental vigilancia agua potable, de acueducto y agua de piscina. En esa prestación sí tenía relación con su cargo porque él es responsable del subproceso saneamiento ambiental y hace parte de ese subproceso el proyecto de vigilancia de agua potable de consumo humano y debe hacerse vigilancia y control de todo lo referente a acueducto, piscinas, tanques redes de acueducto local carro tanques y se contrata a una persona con CPS para que apoye tomando las muestras para mirar la calidad de agua en el mar, tanques, acueducto, tanques de abastecimiento y otros para asegurar la calidad del agua potable, también se hace control a los residuos sólidos y líquidos peligrosos, y eso obliga a realizar visitas a muchas entidades e instituciones y el número de personas de planta no da abasto para revisar esos lugares generadores que producen residuos peligrosos, laboratorios y por eso contrata un grupo de personas que hagan visitas a esas instituciones. Se necesita ser profesional de ingeniera ambiental, sanitario, químico, de sistemas para hacer esas actividades, para toma de muestras puede ser un mínimo de técnico para recoger muestras de agua y tener conocimiento de saneamiento básico, pero para manejar datos y documentos y parte del conocimiento sí un nivel profesional. La demandante es ingeniera ambiental. Contratistas en ese subproyecto eran 3 o 4 personas adicionales, 2 o tres técnicos y profesionales en el área, entre 4 o 5; y de planta solo esta él y el que coordina con él la sección en esa área y subproyecto. El era supervisor e interventor del contrato de la señora ETTY, y en esa calidad le indicaba o hacía una especie de inducción para indicarle el proceso que se iba a adelantar, luego la acompañaba para que ella viera cómo se hacían las actividades, y al tener dominio de las actividades ya la dejaba sola para realizarlas. Las actividades era hacer vigilancia y control a las piscinas, tomar muestras de agua, también en acueducto local, también vigilancia de la disposición adecuada de residuos peligrosos con visitas a éstos, especialmente a las instituciones de salud como clínicas, hospitales, consultorios odontológicos, laboratorios clínicos. Esos trabajos se hacían en horarios determinados, él le indicaba



Radicado No.
13001333300520180000100

la hora y él revisaba que ella estuviera en los sitios indicados, ella debía presentar una relación de sus actividades cada mes, le presentaba informe, él lo firmaba y archivaba; también en algunos casos se dejaba evidencia fotográfica de cumplimiento de la labor o actividades. Al final de cada mes se evalúa qué se encontró qué tropiezos hubo para superarlos.

JUAN BAUTISTA OSORIO JIMENEZ, con C. C. No. 9.132.493, 62 años, natural de Río de Oro César, dijo domiciliarse en la ciudad hace 20 años, estudios técnico del área de salud y profesional de administración de los servicios de salud en Univ. De Cartagena. Trabaja en el DADIS estuvo trabajando en Magangué. El está desde 2011 en el DADIS. Conoció a la demandante fue compañera de trabajo como dos o tres años, la señora estaba vinculada por CPS, ella estuvo vinculada hasta el 2014, estaban en un programa donde a veces coincidían. Ella estuvo en el programa de IBC de agua con Alvis muestreo de agua potable y recreativas y para la vigilancia y control contra el cólera y visitas de saneamiento básico. Para hacer actividades quién los mandaba era una programación anual hecha semanal, dan órdenes que tienen que estar en la planta de Acuacar a las 7 de la mañana y salir con el personal de esa empresa y hacer el recorrido de la zona que le corresponde, y se toman las muestras las que deben llevarse esas muestras personalmente al laboratorio departamental y deben firmar actas las personas que les reciben esas muestras, y deben hacer informe tanto al Coordinador como al Dr. Jorge Morelos. El coordinador para esa época era el ingeniero Héctor Alvis Gaviria, siempre ha sido. Como técnico de salud y con respecto de la demandante, realizaban las mismas actividades y ella hacia otras acciones que le encomendaban, pero ambos debían cumplir horario que era estricto, muchas labores la supervisaba el ministerio. En ese programa habían 4 personas, pero ellos dos eran más del programa, más fijos y más interesados en ese programa. De esas personas de planta había otro pero no estuvo mucho tiempo porque no le gustaba, y el resto de CPS, otro ingeniero.

Al demandante le respondió que el cronograma se lo entregaba y rendir un informe, todos los meses los cinco primeros días del mes, era por escrito.

Y al despacho le dijo que los análisis de las muestras recogidas se llevan al laboratorio departamental de salud pública y debe llegar allí antes de doce para entregar las muestras, es personal, y a las muestras de cólera recogerlas temprano y entregarlas en un horario específico.

Del análisis probatorio se establece que en virtud de los contratos celebrados entre la demandante y el Distrito-DADIS, bajo la reglamentación del artículo 32 de la ley 80 de 1993, aquella prestó sus servicios personales como ingeniera ambiental en el proyecto de inversión VIGILANCIA Y CONTROL SANITARIO DEL AGUA PARA CONSUMO HUMANO en el Distrito de Cartagena y de acuerdo con lo establecido en el plan de salud pública del Distrito de Cartagena de Indias. En desarrollo del objeto contractual, la demandante se obligó a inspeccionar piscinas de uso particular y recreativo, colectivo o de uso público, tener un inventario de las mismas; realizar tomas de muestras para análisis físicos, químicos y microbiológicos para vigilar la calidad del agua en tanques de piscinas y estructuras similares de uso colectivo, realizar visitar para rendir el concepto sanitario de las piscinas o estructuras similares, apoyar las actividades de promoción de la salud y prevención de enfermedades.

El señor HÉCTOR ALIRIO ALVIS GAVIRIA igualmente señaló las obligaciones contractuales señalando las actividades que debía cumplir la señora ETTY JULIET CALVO como hacer vigilancia y control a las piscinas, tomar muestras de agua, también en acueducto local, también vigilancia de

**Radicado No.
13001333300520180000100**

la disposición adecuada de residuos peligrosos con visitas a éstos, especialmente a las instituciones de salud como clínicas, hospitales, consultorios odontológicos, laboratorios clínicos.

Actividades que se relacionan directamente con el objeto del DADIS señalado en el Manual de Funciones Decreto 1284 de 2010, que es dirigir los planes, programas y proyectos de salud para la ciudad, adoptar políticas de vigilancia, inspección y control en la prestación de los servicios de salud en el Distrito y adelantar acciones correspondientes a la salud pública.

Es así como el señor ALVIS GAVIRIA especificó que la demandante estaba en el subproceso saneamiento ambiental y que hacía parte de ese subproceso el proyecto de vigilancia de agua potable de consumo humano y que debía hacerse vigilancia y control de todo lo referente a acueducto, piscinas, tanques redes de acueducto local carrotanques.

Y el mismo señor ALVIS GAVIERA señaló que las actividades realizadas por la demandante eran necesarias y no había personal de planta para su ejecución, su expresión fue que los empleados de planta no daban abasto. Y el otro declarante JUAN BAUTISTA OSORIO JIMENEZ, técnico de planta, dijo que las actividades que él cumplía eran muchas similares a las que cumplía ETTY CALVO bajo el contrato de prestación de servicios.

En relación con la subordinación como elemento integrante de la relación laboral observa el despacho que la actividad prevista en el objeto de los contratos suscritos con la demandante se ejecutaba de manera dependiente o subordinada por la contratista demandante, más allá de una labor coordinada entre esta y la entidad contratante porque de los testimonios se establece que la demandante debía cumplir un horario determinado, estar en los lugares señalados por correo electrónico en las horas que se le especificaban también. Igualmente las actividades no las podía hacer la demandante con autonomía sino acatar un programa predeterminado por el supervisor, e incluso se le proporcionaba los elementos para recoger las muestras, como así quedo en evidencia en dichos correos electrónicos.

De otra parte el señor ALVIS GAVIERA manifestó que siendo el supervisor del contrato de prestación de servicios de la demandante le indicaba a ella o hacía una especie de inducción para indicarle el proceso que se iba a adelantar, luego la acompañaba para que ella viera cómo se hacían las actividades, y al tener dominio de las actividades ya la dejaba sola para realizarlas. Las actividades era hacer vigilancia y control a las piscinas, tomar muestras de agua, también en acueducto local, también vigilancia de la disposición adecuada de residuos peligrosos con visitas a éstos, especialmente a las instituciones de salud como clínicas, hospitales, consultorios odontológicos, laboratorios clínicos. Esos trabajos se hacían en horarios determinados, él le indicaba la hora y él revisaba que ella estuviera en los sitios indicados, ella debía presentar una relación de sus actividades cada mes, le presentaba informe, él lo firmaba y archivaba; también en algunos casos se dejaba evidencia fotográfica de cumplimiento de la labor o actividades. Al final de cada mes se evaluaba qué tropiezos hubo para superarlos. Todo lo cual demuestra una vez más que los contratos de prestación de servicios se ejecutaban con subordinación, sin autonomía de parte de la contratista que realizaba labores permanentes inherentes al objeto misional de la entidad.

Del anterior material probatorio también se extrae que la vinculación de la señora demandante con el Distrito fue contractual a través de contratos de prestación de servicios en forma interrumpida. No sucesivas.



Radicado No.
13001333300520180000100

En la práctica las vinculaciones a través de contratos de prestación de servicios con el Estado pueden ser sucesivas o interrumpidas:

- Sucesivas: implican la suscripción de contratos de forma sucesiva, inmediata, sin que medie la suspensión del objeto o de las actividades contractuales en el tiempo, es decir, que su prestación es continua. En estos casos los periodos a reconocer como relación laboral serán contabilizados desde la fecha de inicio y hasta la fecha de finalización, aun así, hubiesen mediado múltiples contratos.
- Interrumpidas: en tanto transcurre un lapso entre cada vinculación, a través de los contratos u órdenes de prestación de servicios. En este caso, la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive.

Ahora, como en este caso particular se comprueba la configuración de los tres elementos de la relación laboral como son: i) la prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia, y iii) la remuneración o contraprestación; se puede presentar la prescripción extintiva de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad por no reclamarse en la oportunidad que la Ley otorga para ese efecto.

Así lo ha entendido la Sección Segunda en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló como regla respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad que en aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización. Así lo sostuvo la Corporación en dicha oportunidad:

«[...] Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]»
(Subraya de la Subsección)

Y sobre la forma de demostrar los tiempos de vinculación, la sección segunda del Consejo de Estado ha advertido que los periodos objeto de reconocimiento judicial por la configuración del contrato realidad, deben ser aquellos efectivamente acreditados a través del medio de prueba idóneo, siendo este, por regla general, el contrato o la orden de prestación de servicios el elemento de convicción que permite llegar al juez al grado de certeza sobre los extremos temporales de la vinculación con el Estado.

**Radicado No.
13001333300520180000100**

En el caso concreto se observa que por regla general, entre cada contrato de prestación de servicios existieron interrupciones de aproximadamente tres meses (enero, febrero y marzo), y en el año 2012 no hubo contrato mes de agosto. Las dos declaraciones no aclaran ese punto, en general hablaron de la vinculación de la señora CALVO RAMÍREZ, año 2009, 2011 hasta 2014, pero sin precisar si hubo o no interrupción de la contratación. Por lo que se puede decir que no se acreditó la ejecución de contratos de prestación de servicios por fuera de los periodos indicados previamente.

En ese orden de ideas, considera el Despacho que los periodos a reconocer en virtud de la declaración de la existencia de la relación laboral, y sobre los cuales debería recaer la condena toda vez sobre estos sí demostró cada vínculo contractual, son los siguientes:

Del 30 de junio a 30 de diciembre de 2009; de 29 de enero a julio de 2010; de 17 de agosto a diciembre de 2010; del 30 de marzo al 20 de diciembre de 2011; del 23 de marzo del 22 de julio de 2012; del 12 de septiembre al 31 de diciembre de 2012; del 22 de marzo al 31 de diciembre de 2013; de 24 de enero a 30 de julio de 2014 y del 26 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2014.

En el caso concreto y de acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, debe declararse la prescripción de las prestaciones sociales a que tendría derecho la demandante por la existencia de la relación laboral, en algunos de los periodos de vinculación interrumpida, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de los vínculos contractuales y la reclamación del derecho ante la autoridad pertinente, teniendo como fundamento normativo la prescripción extintiva de los derechos laborales de los empleados públicos en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, en la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, la Sección Segunda del Consejo de Estado estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad:

- Que el término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
- Que en aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.

Según las reglas jurisprudenciales expuestas, en este caso particular, en razón a que la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales fue radicada ante la entidad demandada el 4 de noviembre de 2016, y por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contabilizar la prescripción extintiva debe empezar a contarse a partir de la finalización de cada uno de los periodos laborados. Precisando sí, que de acuerdo con la sentencia de unificación citada, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es la entidad demandada.



Radicado No.

13001333300520180000100

Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio in dubio pro operario; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad.

De igual forma, el precedente de unificación en cita ordenó al juez administrativo estudiar en todos los casos en los que proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así no se haya solicitado expresamente, lo concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Y en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al Sistema General de Seguridad Social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador.

Con base en lo anterior, considera este despacho que hay prescripción de los derechos laborales y emolumentos reclamados y derivados del reconocimiento de la relación laboral, como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, que habría lugar a reconocer y pagar los correspondientes a los periodos: Del 30 de junio a 30 de diciembre de 2009; de 29 de enero a julio de 2010; de 17 de agosto a diciembre de 2010; del 30 de marzo al 20 de diciembre de 2011; del 23 de marzo del 22 de julio de 2012; del 12 de septiembre al 31 de diciembre de 2012.

En consecuencia, no habría prescripción de los derechos laborales y emolumentos derivados del reconocimiento de la relación laboral correspondiente a los periodos 22 de marzo al 31 de diciembre de 2013; de 24 de enero a 30 de julio de 2014 y del 26 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2014.

Sin embargo, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho y por ser imprescriptibles, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, mes a mes (del periodo en el que sí hubo prescripción) y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora ETTY YULIET CALVO RAMÍREZ 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 lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

5 DECISIÓN

**Radicado No.
13001333300520180000100**

En conclusión se declarará la nulidad del acto administrativo AMC-OFI-0118433-2016 de 23 de noviembre de 2016, y el acto Administrativo ficto o presunto que se constituyó por la no resolución del recurso de apelación interpuesto el día 12 de diciembre de 2016. Toda vez que se acreditaron los supuestos del contrato realidad; y a título de restablecimiento del derecho, habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales devengadas ordinariamente por quien tiene la calidad de empleados públicos. Pero con la claridad que hay prescripción extintiva de los derechos laborales derivados de esta declaratoria de la relación laboral, en los periodos del 30 de junio a 30 de diciembre de 2009; de 29 de enero a julio de 2010; de 17 de agosto a diciembre de 2010; del 30 de marzo al 20 de diciembre de 2011; del 23 de marzo del 22 de julio de 2012; del 12 de septiembre al 31 de diciembre de 2012.

No obstante lo anterior, la demandante únicamente tiene derecho a que el DISTRITO DE CARTAGENA-DADIS realice las cotizaciones a pensión correspondientes a dichos periodos, por tratarse de una prestación imprescriptible. En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los 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.

Ahora, respecto a las prestaciones y emolumentos correspondientes a los periodos de vinculación no prescritos, esto es, de 22 de marzo al 31 de diciembre de 2013; de 24 de enero a 30 de julio de 2014 y del 26 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2014, deberá pagar las prestaciones que devenga un servidor de planta de la entidad en el mismo cargo, con base en los honorarios pactados.

El despacho no encuentra que haya lugar a reclamar en virtud del contrato realidad conceptos como devolución de la retención en la fuente practicada; indemnización por despido injusto o sin justa causa ni sanción moratoria, porque el pago de prestaciones sociales a que tiene derecho la accionante, es consecuencia de la nulidad del acto acusado (AMC-OFI-0118433-2016 de 23 de noviembre de 2016), como se determinó en la referida sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, de la sección segunda de esta Corporación, a título de restablecimiento del derecho; pero ello no conlleva reconocerle el estatus de empleada pública, ya que tal condición presupone la existencia de un acto administrativo que disponga el nombramiento, de la posesión en el cargo y de disponibilidad presupuestal.

Y la retención en la fuente aplicada corresponde a un deber legal y fue realizada antes de esta sentencia que declara la existencia de la relación laboral y de la cual se deriva los derechos reclamados.

Tampoco hay lugar a la indemnización por despido injusto por la misma razón como no puede reconocerse sanción moratoria si con la ejecutoria de la sentencia nace el derecho a que se pague las cesantías de los periodos de vinculación reconocidos.

Las sumas que resulten de la condena serán ajustadas de conformidad con el artículo 187 del CPACA y con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \text{ índice final} \underline{\hspace{1cm}}$$

Índice inicial





Radicado No.
13001333300520180000100

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social y demás sumas ordenadas pagar, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago).

La sentencia se cumplirá en la forma señalada en los artículos 192 y 195 del CPACA.

6 COSTAS PROCESALES

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a la parte vencida, que en este caso sería la parte demandada. Condena que debe hacerse conforme los artículos 365 y 366 del CGP, en la medida de su causación y comprobación, atendiendo que el establecimiento de las costas es de carácter objetivo. Como quiera que hay prescripción de unos periodos y negativas de algunas pretensiones en cuanto a conceptos a reconocer, de acuerdo con el numeral 5º del artículo 365 del CGP se hará condena parcial de costas, esto es, un reconocimiento del 80% de las costas.

En cuanto a las agencias en derecho, que hacen parte de las costas, se hará su reconocimiento como lo reglamenta el Acuerdo No. PSAA-16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, por haber sido presentada la demanda en su vigencia (estableciendo agencias en derecho del 4% y 10% de lo pedido), teniendo en cuenta también el mayor desgaste judicial, la complejidad y naturaleza del asunto y la gestión del apoderado, entre otras circunstancias, y conforme artículo 366 del CGP. Igualmente que hubo una condena parcial de costas. Y partiendo de cómo fue razonada la cuantía en la demanda en la suma de \$17.876.164, y que algunas pretensiones en cuanto conceptos laborales reclamados, fueron desestimados por lo que hay lugar a aplicar lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 CGP. Por lo que considera el despacho hacer un reconocimiento de agencias en derecho en una tarifa de 2%, para finalmente fijar agencias en derecho en la suma de \$ 357.523,28.

En mérito de lo expuesto, el juzgado Quinto Administrativo del circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

7. FALLA

PRIMERO: Declárase nulidad del acto administrativo contenido en el oficio AMC-OFI-0118433-2016 de 23 de noviembre de 2016, y el acto Administrativo ficto o presunto que se constituyó por la no resolución del recurso de apelación interpuesto el día 12 de diciembre de 2016, que negaron la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales.

SEGUNDO: Declárase la existencia de una relación laboral entre la señora ETTY YULIET CALVO RAMÍREZ y la entidad demandada DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS-DADIS, en el periodo comprendido del 30 de junio a 30 de diciembre de 2009; de 29 de enero a julio de 2010; de 17 de agosto a diciembre de 2010; del 30 de marzo al 20 de diciembre de 2011; del 23 de marzo del 22 de julio de 2012; del 12 de septiembre al 31 de diciembre de 2012; del 22 de marzo al 31 de diciembre de 2013; de 24 de enero a 30 de julio de 2014 y del 26 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2014, en forma interrumpida, por las razones expuestas en la parte considerativa.

TERCERO: Como restablecimiento del derecho, ORDENAR al DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS-DADIS, reconocer y pagar a favor de la demandante ETTY YULIET CALVO RAMÍREZ, identificada con C.C. 1.047.365.264, las prestaciones sociales que correspondan a un empleado con



Radicado No.

13001333300520180000100

funciones similares a las desempeñadas por ella en la entidad, tomando como base los honorarios contractuales durante el período en el cual se demostró la existencia de la relación laboral, en los periodos de 22 de marzo al 31 de diciembre de 2013; de 24 de enero a 30 de julio de 2014 y del 26 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2014; los anteriores se declaran prescritos.

CUARTO: Se ordena a la entidad demandada tomar (durante el tiempo comprendido entre el 30 de junio 2009 y el 31 de diciembre de 2014, salvo sus interrupciones), el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, 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 tendrá la entidad que devolver los dineros cancelados por la actora en razón a la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos de 22 de marzo al 31 de diciembre de 2013; de 24 de enero a 30 de julio de 2014 y del 26 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2014. Para que el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, sea computado para efectos pensionales.

QUINTO: Deniéguese las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: las sumas a pagar serán ajustadas de conformidad con el artículo 187 del CPACA y de acuerdo con lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: CONDENAR a la parte demandada en costas procesales, dando aplicación a los artículos 365 y 366 del CGP, las que se liquidarán una vez en firme la sentencia, por secretaria. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$ 357.523,28, según lo explicado en la parte motiva.

OCTAVO: Esta sentencia se cumplirá conforme lo dispuesto en los artículos 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO: En firme la sentencia, procédase al archivo del expediente previo los registros correspondientes.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Maria Magdalena Garcia Bustos
MARÍA MAGDALENA GARCÍA BUSTOS

JUEZ

