



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 10 de octubre de 2018

Radicación: 20001-23-33-000-2014-00095-01

Número interno: 0878-2016

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Diana Carolina Aarón Ortiz

Demandado: Departamento del Cesar

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-186-2018

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 1.º de octubre de 2015, proferida por el

Tribunal Administrativo de Cesar que accedió a las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró la señora Diana Carolina Aarón Ortiz contra el departamento de Cesar.

LA DEMANDA¹

La señora Diana Carolina Aarón Ortiz, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó al departamento de Cesar.

Pretensiones²:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo sin número del 5 de diciembre de 2013, suscrito por le jefe de la oficina asesora de asuntos jurídicos del Departamento del Cesar, que negó a la demandante el reconocimiento y pago «de lo solicitado».

A título de restablecimiento del derecho suplicó lo siguiente:

2. Ordenar al Departamento del Cesar reconocer y pagar las prestaciones sociales dejadas de cancelar, tales como cesantías, intereses a las cesantías, primas de navidad, de vacaciones, de servicio, subsidio familiar, vacaciones, así como el pago de los aportes pagados a pensión, salud y riesgos profesionales, debidamente indexados y demás derechos laborales no cancelados desde el 27 de junio de 2007 al 28 de noviembre de 2011.
3. Condenar al departamento del Cesar para que devuelva los aportes que por concepto de seguridad social en salud, pensión y ARP, fueron cancelados por la demandante durante la relación laboral que existió, valores que deberán ser reajustados de conformidad con el IPC y «demás sanciones de ley.»

¹ Folios 77 a 86.

² Folios 77 a 78.

4. Ordenar al departamento del Cesar a cancelar las sumas o valores a los que sea condenado y dar estricto cumplimiento al artículo 192 del CPACA.
5. Condenar en costas a la entidad demandada.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL³

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.⁴

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁵.

³ Folios 291 a 296 y CD a folio 297.

⁴ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. (2015) EJRLB.

⁵ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

En el presente caso a folios 292 y 293 se advierte que, en la etapa de excepciones previas, el tribunal indicó lo siguiente:

«[...] Teniendo en cuenta que las excepciones propuestas por la entidad demandada se les dio el correspondiente traslado previsto en el artículo 175 parágrafo 2º del C.P.A.C.A., a continuación se resolverán las excepciones previas y las previstas en el numeral 6 del artículo 180:

3.1. Departamento del Cesar

No propuso excepciones previas.

En cuanto a la excepción de Prescripción de los derechos laborales:

Si bien es una de las excepciones contenidas en el numeral 6º del artículo 180 del C.P.A.C.A., ésta se resolverá en la sentencia por cuanto su finalidad es la de atacar el derecho sustancial debatido en el proceso, de conformidad con el reciente criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a este tema, como es el contenido en la providencia de fecha 2 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Segunda, Subsección “A”, dentro del proceso radicado con el número 20001 23 33 000 2013 00313 01 (4153-2014) [...]

Respecto a las excepciones de mérito: 1. Legalidad del acto administrativo demandado. 2. Falta de elementos constitutivos de la relación laboral, y 3. Inexistencia del derecho reclamado y 4. Genéricas; como hacen relación al fondo del asunto se resolverán en la sentencia. [...]»

La decisión fue notificada en estrados. No se interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.⁶

A folios 293 y 294, el Tribunal fijó el litigio respecto de los hechos de la demanda y la diferencia entre las partes, así:

«[...] Indica el apoderado de la parte demandante que, la señora DIANA CAROLINA AARON ORTIZ, laboró para la Secretaría de Salud del Departamento del Cesar, desde el 27 de junio del año 2007 al 28 de noviembre del año 2011, es decir cuatro (4) años cinco (5) meses un (1) día, recibiendo como última asignación mensual (salario) la suma de \$2.500.000.00 pesos mensuales, prestando sus servicios en el área administrativa, desempeñándose con los primeros contratos como asistente de despacho y posteriormente como profesional universitario, y se le denominó en los contratos firmados como APOYO AL PROCESO DE REORGANIZACIÓN, REDISEÑO Y MODERNIZACIÓN DE LA RED HOSPITALARIA DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR, pero que durante la ejecución en estos trabajos, existió una verdadera relación laboral, pues se le asignaban funciones, órdenes y horario que debía cumplir en las instalaciones de la Secretaría de Salud del Departamento del Cesar, en el mismo horario de trabajo de los funcionarios de planta de dicha secretaría, pero sin que ella recibiera el pago de sus prestaciones sociales. Manifiesta que, para fecha de 26 de Noviembre del año 2013 y recibido el día 28 de noviembre de la misma anualidad, se solicitó el reconocimiento y el pago de las prestaciones sociales tales como, cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, y demás derechos laborales, correspondiente a la señora DIANA CAROLINA AARON ORTIZ, el cual fue resuelto mediante oficio del día 05 de Diciembre del 2013, enviado por correo certificado guía 10954000313, de la empresa SERVIENTREGA, y recibido el día 08 de enero del 2014, en el que niega los derechos laborales que le corresponde a la demandante.

Por su parte, el Departamento del Cesar indica que, en los contratos de prestación de servicios firmados entre las partes no se genera pago de prestaciones sociales dado que el vínculo con la administración

⁶ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB

Departamental deviene de una relación contractual que no permite prever el pago de dichos emolumentos, así como el pago de la seguridad social por parte de la entidad contratante. Además, en el proceso de la referencia, no están acreditados los elementos de una verdadera relación laboral, pues en ningún momento hubo subordinación de la demandante con respecto a Funcionarios del Departamento del Cesar.

Fijación de las pretensiones según el Litigio

Conforme a lo anterior, la fijación del litigio se enmarca en determinar si de los contratos de prestación de servicios, celebrados con el departamento del Cesar, generaron una relación laboral entre ésta y dicho Departamento, en caso afirmativo, cuál es la consecuencia jurídica de ello, es decir, si tiene derecho o no al pago de las prestaciones sociales reclamadas, y por consiguiente a la declaratoria de nulidad del oficio del 5 de diciembre de 2013 emanado del ente territorial demandado, que negó las pretensiones. [...]»

Las partes manifestaron estar de acuerdo con la fijación del litigio planteada por el magistrado sustanciador.

SENTENCIA APELADA⁷

El Tribunal Administrativo de Cesar, en sentencia escrita del 1.º de octubre de 2015, ordenó:

«[...] **PPRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por el DEPARTAMENTO DEL CESAR, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 5 de diciembre de 2013, mediante el cual el

⁷ Folios 337 a 355.

DEPARTAMENTO DEL CESAR negó el reconocimiento y el pago de las prestaciones sociales reclamadas por la señora DIANA CAROLINA AARÓN ORTIZ, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR al DEPARTAMENTO DEL CESAR al pago de las prestaciones sociales a las que tiene derecho la señora DIANA CAROLINA AARÓN ORTIZ durante los periodos señalados en la parte motiva de esta sentencia, lapso durante el cual estuvo vinculada al DEPARTAMENTO DEL CESAR; prestaciones sociales que deberán liquidarse de acuerdo a los valores pactados en los contratos de prestación de servicio. La suma que resulte de la condena anterior, se actualizará según la fórmula indicada en la parte motiva.

CUARTO: ORDENAR la devolución de la cuota parte cancelada por la señora DIANA CAROLINA AARÓN ORTIZ para aportes al sistema de seguridad social, sumas estas que se descontarán de los dineros que serán objeto de reconocimiento en esta sentencia. [...]»

La anterior decisión la profirió con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, luego de hacer un recuento probatorio obrante en el proceso, consideró que la prestación personal del servicio se acreditó a través de las actas de liquidación de los contratos, así como las funciones que realizó en virtud de ellos, tales como la organización de archivos y requerimientos del Ministerio de la Protección Social, llevaba la agenda de las visitas del grupo interdisciplinario que se desplazaba a los municipios, brindaba asistencia técnica y las demás labores que le fueran asignadas en razón del cumplimiento del contrato.

De igual forma, encontró probado que las actividades las desarrolló dentro de las instalaciones de la entidad, toda vez que en los diferentes contratos se estipuló el lugar de ejecución.

El tribunal sostuvo que de las funciones desarrolladas por la demandante y de las declaraciones de las señoras Leyda Esther Guillén Benjumea y Laura Lucía Botero Lima, quienes fueron testigos directos de la forma en que se ejecutaron los contratos, dan cuenta de la subordinación de la señora Diana Carolina Aarón, mientras duró la vinculación.

Frente al testimonio del señor Jhony Willian Corrales Daza, el tribunal consideró que, por su relación de afinidad con la demandante, por tratarse del cónyuge, no debía ser valorado por evidenciarse la parcialidad de este.

Finalmente, consideró que, dado el periodo de vinculación acreditado, es evidente la vocación de permanencia del empleo o de las actividades desarrolladas por la demandante, situación que permitía equipararlo a un cargo de planta.

De acuerdo con lo anterior, encontró debidamente acreditado el vínculo laboral en los periodos comprendidos entre el 3 de junio de 2007 y el 3 de enero de 2008; del 10 de abril de 2008 al 10 de enero de 2009; del 24 de marzo de 2009 al 24 de diciembre de la misma anualidad; del 29 de enero de 2010 al 18 de diciembre de 2010 y; del 7 de febrero al 7 de diciembre de 2011.

Frente a la prescripción de los derechos, el *a quo* concluyó que no operó dicha figura porque la reclamación fue presentada dentro de los tres años previstos en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

RECURSO DE APELACIÓN⁸

⁸ Ver folios 360 a 365.

La entidad demandada manifestó su inconformidad frente a la sentencia de primera instancia, al considerar que no se podía dar por acreditado el elemento de la subordinación con relación a la vinculación correspondiente al periodo comprendido entre el 27 de junio de 2007 y el 3 de enero de 2008, ante la ausencia de pruebas y porque los testigos Leyda Esther Guillén y Laura Lucía Otero Lima conocieron a la demandante en los años 2008 y 2009, respectivamente, por lo que no tuvieron conocimiento directo sobre la forma como desarrolló sus actividades.

De igual forma, sostuvo que el tribunal no debió dar credibilidad a los testigos citados por cuanto, ambas tuvieron la calidad de contratistas de la entidad demandada y, toda vez que la señora Guillén Benjumea, durante su declaración, afirmó tener una demanda vigente en contra del ente territorial, razón por la cual debían tenerse como testigos sospechosos.

Además, indicó que los testigos afirmaron que para el año 2007, la demandante realizaba prácticas como aprendiz, situación que no debe llevar a concluir que, por dicho periodo, cumplió funciones propias de un empleado público.

Frente a los periodos de vinculación comprendidos entre el 2008 y el 2011, consideró que tampoco se logró acreditar el elemento de la subordinación porque las funciones desarrolladas no tenían la calidad de asistenciales y diferían de las certificadas el 3 de enero de 2008 por la interventora de la OPS 000312 del 27 de junio de 2007.

En cuanto al argumento expuesto por el tribunal sobre la vocación de permanencia de las actividades desarrolladas y su asimilación a un empleo de planta, sostuvo que para acreditar tal situación se debió demostrar la existencia del respectivo cargo en la planta de personal de la entidad demandada y no suponer esta, como lo hizo el *a quo*.

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁹: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y compartió los sostenidos por el Tribunal Administrativo del Cesar al reconocer la existencia de la relación laboral, por lo que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

Tanto la parte demandada como el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal según constancia secretarial obrante a folio 436 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General

⁹ Folios 416 a 435.

¹⁰ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

del Proceso¹¹, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos:

En ese orden, los problemas jurídicos que deben resolverse en esta instancia resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿En el caso de la señora Diana Carolina Aarón Ortiz se comprobó el elemento de la subordinación y dependencia continuada, constitutivo para determinar la existencia de una relación laboral con departamento del Cesar?

En caso afirmativo,

2. ¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de vínculo contractual sobre el cual se configuró la relación laboral de la demandante y la reclamación administrativa y; cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a los aportes a pensión?

Primer problema jurídico

¹¹ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

¿En el caso de la señora Diana Carolina Aarón Ortiz se comprobó el elemento de la subordinación y dependencia continuada, constitutivo para determinar la existencia de una relación laboral con departamento del Cesar?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Se acreditó la configuración del elemento de la subordinación y dependencia continuada por cuanto las funciones contratadas no podían ser ejercidas de manera autónoma e independiente por la contratista. Lo anterior de acuerdo con las razones que a continuación se sustentan:

Contrato de prestación de servicios vs. contrato realidad

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 consagra el contrato de prestación de servicios:

«**Artículo 32.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

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. [...]»
(Subraya la Sala).

Dicha clase de contrato, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual¹², y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹³.

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura¹⁴ y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal¹⁵.

Frente a este punto, se resalta que el Estado Colombiano ha ratificado convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo.

Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, ratificó el Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el Derecho al Trabajo:

«[...] **Artículo 6** Derecho al Trabajo

¹² Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

¹³ Ver sentencia C-614 de 2009.

¹⁴ Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia).

¹⁵ C-614 de 2009.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
- b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;
[...]
- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. [...]» (Subraya la Corporación)

Las disposiciones citadas, generan el deber del Estado Colombiano de otorgar esas garantías mínimas que deben permear la materialización del derecho al trabajo, por cuanto en los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de

San Salvador¹⁶ se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para efectivizar los derechos que en el Protocolo citado se reconocen, entre ellos, al trabajo.

De allí que en el artículo 53 de la Carta Política elevó a rango constitucional el derecho al trabajo con unos principios mínimos fundamentales, al respecto:

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

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

Dicho canon constitucional, consagra precisamente el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, que responde a las normas de rango supra y constitucional sobre las condiciones dignas del trabajo, señaladas, el cual se desarrolla seguidamente.

Elementos que naturalizan la relación laboral

¹⁶ «**Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas.** Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.»

En el anterior hilo argumentativo, para la jurisprudencia, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** bajo subordinación continuada; y **iii)** remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad se aplica cuando se constata 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 continuada propia de las relaciones laborales.¹⁷

En el presente asunto, la Corporación advierte que la inconformidad de la parte apelante con la sentencia de primera instancia radica en que el tribunal concluyó que se habían configurado todos los elementos de la relación laboral, cuando, a su juicio, no se demostró fehacientemente la subordinación o dependencia continuada. Por lo tanto, en razón no se discrepó respecto a la prestación personal de las labores, a la remuneración ni frente a los extremos temporales en los que se reconoció el contrato realidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 328 del CGP, la Subsección analizará si se acreditó el elemento del contrato de trabajo sobre el cual hay reproche. Al respecto:

- **Subordinación y dependencia continuada**

¹⁷ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

Este elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del CST, es considerado por la doctrina como el determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, y que faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al tiempo, modo o cantidad de labores, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario, teniendo en cuenta para ello, los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana del trabajador y sus derechos mínimos, es decir, bajo criterios de razonabilidad y sin arbitrariedad. De acuerdo con lo anterior, la subordinación parte del poder de dirección respecto a las actividades de trabajo y como potestad disciplinaria del empleador para conservar el orden en la empresa, pero únicamente en lo atinente al ámbito laboral.

En ese sentido, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo regula:

«**Artículo 23. Elementos esenciales.** <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

[...]

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; [...]]» (Subraya la Sala).

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000 indicó:

«[...] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción

más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. [...]»¹⁸

Colofón de lo expuesto, como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, respetando la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales.

De acuerdo con lo anterior, frente a la subordinación o dependencia continuada se observa que los objetos contractuales para los cuales fue vinculada al ente territorial demandado, fueron los siguientes:

CPS	Objeto contractual	Folios
312	Prestación de servicios para brindar apoyo en las diferentes actividades en el despacho del secretario de salud departamental del Cesar	231-233
096	Prestación de servicios para apoyar el proceso de reorganización, rediseño, y modernización de la red de servicios de salud en los municipios	34-38

¹⁸ Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

	del departamento del Cesar, priorizado en la vigencia 2008	
178	Prestación de servicios para apoyar el fortalecimiento integral de la red pública hospitalaria	39-44
123	Prestación de servicios como apoyo a la gestión como técnico administrativo al equipo de reorganización, modernización y rediseño de la red pública hospitalaria dentro del proceso de apoyo al fortalecimiento integral de la red hospitalaria del Cesar	45-48
2011-02-0206	Prestación de servicios para apoyar el proceso de reorganización, rediseño, y modernización de la red de servicios de salud en los municipios del departamento del Cesar, priorizado en la vigencia 2008	49-52

Con base en dichos contratos de prestación de servicios, la señora Aarón Ortiz se comprometió con el departamento del Cesar a realizar las siguientes actividades:

CPS	Actividades pactadas en el contrato
312	«[...] 1. APOYO EN EL MANEJO DE SISTEMAS. 2. APOYO VERIFICACIÓN Y VALIDEZ DE DOCUMENTOS. 4. APOYO EN LA CLASIFICACIÓN Y ARCHIVO DE CORRESPONDENCIA. 5. APOYO A LA TRANSCRIPCIÓN DE COMUNICACIONES Y CERTIFICACIONES DE NATURALEZA SECTORIAL. 6. APOYO EN LA ELABORACION Y ACTUALIZACIÓN LA AGENDA DE COMPROMISOS DEL SECRETARIO DE SALUD DEPARTAMENTAL. [...]»
096	«[...] CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: [...] PARÁGRAFO: ALCANCE DEL OBJETO: El contratista se compromete a cumplir todas las estipulaciones consagradas en la Planeación Precontractual No. 154 aprobada el 25 de febrero de 2008, y la propuesta técnica la cual hace parte integral del presente contrato igualmente se compromete. 1) <u>Organizar archivos y requerimientos</u> del Ministerio de la Protección Social. 2) <u>Llevar agenda de las visitas</u> del grupo interdisciplinario que visita los municipios. 3) <u>Brindar asistencia técnica</u> en lo pertinente. 4) Las demás que le sean asignadas en razón del cumplimiento del presente contrato. [...]» «[...] QUINTA: OBLIGACIONES POR PARTE DEL CONTRATISTA: [...] 2) Rendir informes mensuales al interventor sobre la ejecución del respectivo contrato. 3) y las demás que le sean asignadas conforme al Objeto del Contrato. [...]»
178	«[...] CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: [...] PARÁGRAFO: ALCANCE DEL OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete a cumplir todas las estipulaciones consagradas en la Planeación Precontractual No. 522 aprobada el 26 de febrero

	<p>de 2009, y la propuesta técnica la cual hace parte integral del presente contrato igualmente se compromete. 1) <u>Apoyo técnico</u> en el proceso de modernización, reducción, rediseño y reorganización de los hospitales del departamento. 2) Apoyo, <u>organizar archivos y requerimientos</u> del Ministerio de la Protección Social. 3) Apoyo en la <u>celebración de la agenda de las visitas</u> del grupo de interdisciplinarios que visita los municipios del departamento. 4) <u>Apoyar en la asistencia técnica</u> en lo pertinente. 5) Las demás que le sean asignadas en razón del cumplimiento del objeto del presente contrato. [...]</p> <p>«[...] QUINTA: OBLIGACIONES POR PARTE DEL CONTRATISTA: [...] 2) Rendir informes mensuales al interventor sobre la ejecución del respectivo contrato. 3) y las demás que le sean asignadas conforme al Objeto del Contrato. [...]</p>
123	<p>«[...] CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: [...] PARÁGRAFO: ALCANCE DEL OBJETO: El contratista se compromete a desarrollar el objeto del presente contrato, a través de todas y cada una de las actividades descritas en la Planeación Precontractual y la propuesta, la cual forma parte integrante del presente contrato igualmente se compromete a 1) <u>Apoyo a la logística de las reuniones</u> del Equipo de Reorganización, Modernización y Rediseño de con las Empresas Sociales del Estado reestructuradas. 2. <u>Elaboración de las actas de reuniones</u> del Equipo de Reorganización, Modernización y Rediseño con las Empresas Sociales del Estado reestructuradas. 3. <u>Apoyo en el acopio de la información</u> referente a la planta transitoria de pre pensionables, madres cabezas de hogar y aforados. 4. <u>Recolección y envío de información a las Empresas Sociales del Estado</u> de la Red Hospitalaria del Cesar. 5. <u>Apoyo en la consolidación de los informes semestral y anual del DTS</u>. 6. <u>Apoyo en el envío de información requerida</u> referente a los convenios 039 y 171 celebrados con los Ministerios de la Protección Social y Hacienda. 7. Generar informe mensual de las actividades realizadas, con sus respectivos soportes. 8. Las demás que le sean asignadas en razón del cumplimiento del objeto del presente contrato. [...]</p> <p>«[...] QUINTA: OBLIGACIONES POR PARTE DEL CONTRATISTA: 1) El contratista se compromete a cumplir todas las estipulaciones consagradas en la Planeación Precontractual No. 539 aprobada el 19 de enero de 2010, y la propuesta técnica la cual hace parte integral de este contrato. 2) Rendir informes mensuales al interventor sobre la ejecución del respectivo contrato. 3) y las demás que le sean asignadas conforme al Objeto del Contrato. [...]</p>
2011-002-0206	<p>«[...] CLÁUSULA QUINTA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES: DEL CONTRATISTA. Para el desarrollo de objeto a contratar debe cumplir las siguientes obligaciones: 1. <u>Apoyo y seguimiento en la presentación de los informes</u> Decreto 2193, respecto de la Red Pública Hospitalaria. 2. <u>Soporte en el seguimiento a los compromisos de las ESES Reorganizadas</u> referente a planta transitoria, pre pensionable, madres cabeza de hogar y aforados. 3. <u>Apoyo en la recolección y envío de información a las Empresas Sociales del Estado</u> de la Red Hospitalaria del Cesar. 4. <u>Apoyo en la consolidación y diseño de los informes semestral y anual del DTS</u>. 5. <u>Apoyo en el envío de información requerida</u> referente a los convenios 039 y 171 celebrados con los Ministerios de</p>

la Protección Social y de Hacienda. 6. <u>Apoyo en la preparación y presentación de informes</u> relacionados con el proceso de Reorganización, Rediseño y Modernización de la Red Pública Hospitalaria. 7. <u>Acompañamiento en el seguimiento y acopio de los informes semestral y anual de las ESEs Reorganizadas.</u> 8. <u>Apoyo en la revisión, y verificación de la información trimestral y anual</u> que las ESE's del departamento deben realizar en cumplimiento del Decreto 2193 de 2004; desarrollando su revisión antes que los formularios sean enviados al Ministerio, teniendo como prioridad los 9 hospitales reorganizados. 9. Generar informe mensual, de las actividades realizadas con sus respectivos soportes. 10. Aquellas que se deriven del desarrollo y cumplimiento del presente objeto contractual. [...]»
--

De los contratos y órdenes de prestación de servicios, así como de las actividades contractuales que debía realizar la señora Diana Carolina Aarón, la Subsección advierte que, durante el periodo reclamado por la demandante, esta desarrolló actividades diferentes que imponen la revisión separada para determinar la configuración de la subordinación continuada.

- En primer lugar, se observa que la ejecución de la orden de prestación de servicios 000312 de 2007 tenía como objeto brindar apoyo en las diferentes actividades del despacho del secretario de salud del departamento del Cesar, y como se indicó, sus funciones comprendían, entre otras, asuntos que, por su naturaleza, se realizan bajo subordinación y dependencia continuada como son la «transcripción de comunicaciones» o el «apoyo en la elaboración y actualización de la agenda de compromisos del secretario de salud» del ente territorial demandado.

Por regla general, dichas labores, a juicio de esta Subsección, no son de aquellas que puedan ser ejercidas en forma autónoma e independiente, siendo este un elemento intrínseco de la modalidad contractual por medio del cual fue vinculada la señora Diana Carolina Aarón, así como tampoco se puede predicar que estas eran realizadas en virtud de la cooperación que debe existir entre contratante y contratista, pues deben ser ejercidas bajo la continua subordinación y dependencia de un superior jerárquico.

Lo anterior se ve confirmado con la certificación expedida por quien fungió como interventora de la demandante mientras perduró la vinculación contractual prevista en la orden de prestación de servicios profesionales, la señora Jackeline Jalk Sierra y en la cual dio cuenta de las actividades realizadas por la contratista, como son: «[...] Apoyo manejo de sistemas, atención al público, verificación y validez de documentos, clasificación y archivo de correspondencia, transcripción de comunicaciones y certificaciones de naturaleza sectorial y elaboración y actualización de agendas del Secretario de Salud. [...]»¹⁹

Estos señalamientos permiten inferir que, mientras la señora Diana Carolina Aarón Ortiz ejecutó las actividades propias de la OPS 000312 de 2007, estas no se realizaban en forma autónoma e independiente, como lo regula el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, porque, en atención a las reglas de la experiencia, una función asistencial como es llevar la agenda del secretario de salud, funcionario directivo de una entidad pública, quien constantemente debe atender reuniones o actividades, no podía ser ejecutada al arbitrio de la demandante, ya fuera en el tiempo o en la forma, pues carece de sentido que la programación de una cita, reunión o entrega de informes se realice con posterioridad a la fecha en que debían realizarse o que la demandante tuviese la facultad para programar, *motu proprio*, estas reuniones en horarios diferentes a los que expresamente ordenara el secretario de salud, motivo por el cual resulta procedente declarar la existencia del contrato realidad por el lapso de duración de esa vinculación contractual.

- Ahora, la demandante fue posteriormente vinculada a través de la OPS 096 de 2008 para apoyar el proceso de reorganización, rediseño y modernización de la red de servicios de salud de los municipios del departamento del Cesar o el fortalecimiento integral de la red pública hospitalaria. Periodos contractuales en los que desarrolló, según los

¹⁹ Ver folio 33 del expediente.

testimonios recepcionados en el proceso, básicamente las mismas actividades que en la OPS 312 de 2007. Así lo informaron Leyda Esther Guillén Benjumea, Willian Corrales Daza y Laura Lucia Botero Lima²⁰.

En primer lugar, Leyda Esther Guillén Benjumea, administradora de empresas y quien manifestó haber sido compañera de trabajo de la demandante, sostuvo²¹:

«[...] **Preguntado:** ¿[...] qué le consta de lo que se le acaba de mencionar en relación con la relación laboral que tuvo o que se pretende estructurar por Diana Carolina Ortiz y la secretaria de salud del departamento del Cesar? **Contestó:** Bueno, yo llegué a la secretaria de salud departamental en el año 2008, ya yo encontré a la señora Diana laborando ahí. Fuimos compañeras, compartimos. Era técnica administrativa, era asistente del doctor Cabello y estábamos al mando de él. Recibíamos órdenes, todas las cosas, se desempeñaba ahí, todas las funciones. Luego, ella pasó al grupo de reorganización, era la reestructuración de los hospitales, pero siempre se coordinaba con el secretario de salud, con el jefe. Y si trabajaba, rendía informes, asistente del secretario, recibía correspondencia, enviaba los informes, coordinaba reuniones, qué más, y todo lo que la secretaria y la gobernación nos asignaba: brigadas de salud acompañábamos, qué más sería y siempre fue una buena empleada, una buena persona, una mujer muy honesta en su trabajo. Horas largas que nos llamaba de noche y a terminar los informes y esas cosas, siempre estuvo ahí. **Preguntado:** ¿Sabe usted de qué clase, a través de qué vinculación o qué clase de vinculación tuvo con la secretaria de salud departamental? ¿si fue a través de contrato de prestación de servicios? [...] **Contestó:** Contrato, nos contrataban como contratantes. Prestación de servicios. **Preguntado:** ¿Si le consta, puede señalar a esta audiencia si ella cumplía un horario y cuál era ese horario y en qué días de la semana? ¿si era todos los días o [...]? **Contestó:** De lunes a viernes. De 7:45 a 12:45, de 3 de la tarde era de 5:45, pero a veces se alargaba, 6 de la tarde, 7 de la noche, salíamos, de lunes a viernes. Por ejemplo, los sábados nos citaban a una brigada, en esa época se dio mucho cuando el problema de la epidemia del H1N1, siempre nos, y ahí estábamos, pero sí cumplíamos horario. **Preguntado:** ¿Se exigía que estuviera permanentemente en el puesto de trabajo? Y en tal evento, si argüía “no, es que yo tengo un contrato de prestación de servicios que me permite ejercer

²⁰ Testimonios obrantes en CD visible a folio 315 del expediente.

²¹ *Ídem.* Minutos 04:45 a 22:23.

de manera directa, independiente, autónoma”, hubo alguna repercusión o llamados de atención, si le consta, ¿en relación con la señora Dian Carolina Aarón Ortiz? **Contestó:** No, siempre estábamos ahí porque el personal, el personal de planta nunca alcanzaba y siempre nosotros éramos el apoyo de ellos y uno como necesita el trabajo y es bueno siempre estaba ahí, siempre estaba ahí. [...] **Preguntado:** ¿Manifieste al despacho o a esta audiencia si la señora Diana Carolina Aaron Ortiz estuvo bajo subordinación, a pesar de que tenía un contrato de prestación de servicio de algún funcionario de la secretaría departamental que le impartía órdenes? ¿y si sabe cómo se llamaba el funcionario? **Contestó:** Bueno, siempre al jefe, no, al secretario de salud siempre, siempre, estábamos al mando de él y un jefe inmediato que era la doctora Iliana Orozco, que era su jefe inmediata. **Preguntado:** En el interregno que usted compartió labores o fue compañera en la secretaría de salud del 2007 al 2008, qué según los hechos de la demanda se indicó, en los hechos de la demanda, 2011, ¿en los contratos de prestación, había personal de planta que cumplía similares funciones de la señora Diana Carolina Aarón Ortiz? **Contestó:** Similares, sí. **Preguntado:** ¿Qué clase de funciones? [...] ¿qué clase de funciones conoce usted que, ya me lo había dicho, pero me puede especificar un poco más, realizaba la señora Diana Carolina Aarón Ortiz? **Contestó:** Ella atendía público, recibía correspondencia, enviaba, rendía informes, coordinaba reuniones con el secretario y un grupo que ella manejaba, de los gerentes de los hospitales. **Preguntado:** ¿Y había algún funcionario de planta que hacía una labor similar? **Contestó:** No, casi no, ellos casi no. Sino que el contratista haga todo. Ellos que se van hasta su hora, su horario y el contratista se queda más tiempo porque está pendiente de hacer las cosas bien. **Preguntado:** ¿Dígale a esta audiencia el tiempo exacto que laboró usted para el departamento del Cesar y cuáles eran las funciones que usted desarrollaba al momento que tenía contrato con el departamento de Cesar? ¿y si usted al momento de retirarse, la señora Diana Carolina estaba todavía laborando o ya se había retirado? [...] ¿cuánto tiempo laboró usted para el departamento del Cesar? **Contestó:** Laboré desde el 2008 y el 2011. Yo encontré a Diana del 2008 al 2011. **Preguntado:** ¿Cuáles eran sus funciones? **Contestó:** Yo, en la parte administrativa, también asistí al secretario de salud. **Preguntado:** Usted manifestó aquí que recibía órdenes del Dr. Cabello. ¿Quién era el doctor Cabello? que la señora Diana Carolina recibía órdenes del cabello ¿Quién era el doctor Cabello? **Contestó:** En ese momento el secretario de salud departamental. **Preguntado:** ¿Manifiéstele al despacho si el horario que usted [...] desarrollaba y el que desarrollaba la señora Diana Carolina era el mismo horario que tenían los funcionarios de planta de la secretaría de salud del departamento del César? **Contestó:** Sí señor, de 7:45 a 12:45 de 3 de la tarde a 5:45, el de planta se iban y a veces los contratistas se quedaban ordenando, a veces cosas que dejan o público, allá se maneja

mucho público. Hasta que el secretario no salía uno no lo podía dejar solo.

Preguntado: [...] ¿Dígale a esta audiencia sí alguna vez usted vio, observó, escucho que el secretario de salud en el fin mediato de la señora Diana Carolina le impartiera órdenes, le hiciera llamados de atención etcétera?

Contestó: Sí, recibía órdenes, y llamados atención no. **Preguntado:** ¿Qué

tipo de órdenes recibía ella? **Contestó:** Por ejemplo, reuniones, informes corriendo que se necesita enviar para el Ministerio para la Supersalud. Eso era corriendo hasta tarde a buscar informaciones al hospital [...] a los coordinadores y tenía que rendir los informes cuando él dijera, y sí lo necesitaba para viajar al siguiente día para el Ministerio, ella lo hacía. [...]

Preguntado: Vemos en el expediente que existen contratos y después del contrato se termina y a los dos, tres meses o al mes siguiente se elabora otro contrato, ¿en ese lapso de tiempo entre contrato y contrato usted o la señora Diana Carolina seguían laborando o se iban para su casa, esperaban que las llamaran nuevamente a efecto de firmar nuevo contrato? **Contestó:** Seguíamos laborando. Decían que no nos fuéramos porque éramos su

apoyo, su soporte y nunca nos pasaron por escrito nada que debíamos irnos, entonces nosotros los seguíamos apoyando. **Preguntado:** ¿Y quién les

respondía a ustedes por ese tiempo que se perdió, eso se lo cancelaron o cómo hacían para legalizar ese tiempo que ustedes laboraron sin contrato? **Contestó:** Nunca nos pagaron, lo perdíamos, lo regalábamos. [...]

Preguntado: Dentro del expediente aparecen varios contratos, usted ha dicho que la señora Diana Carolina realizaba primero actividades administrativas y luego como profesional universitario ¿diga si siempre realizó como usted señaló esas funciones, si esas funciones señaladas por usted corresponden a las de profesional universitario, de algún profesional universitario que se encuentre transcrito a la secretaría de salud departamental? **Contestó:** Sí, hacía las funciones. **Preguntado:** No, le

pregunto si hay un profesional universitario. ¿Usted señaló un profesional universitario nombrado en la secretaría de salud departamental que realizara las mismas funciones que la señora Diana Carolina Aarón durante el tiempo que usted tuvo contrato con el departamento del Cesar? **Contestó:** No, las

hacía ella. No había. No suplía el de planta. **Preguntado:** Ósea, ¿había un funcionario nombrado o no había? **Contestó:** No lo había. **Preguntado:**

¿Manifiéstele al despacho si durante el tiempo que estuvo vinculada la señora Diana con el departamento del Cesar y del tiempo que usted tuvo conocimiento, si durante ese tiempo tenían interventores o supervisores y cuáles eran las funciones que estos desempeñaban? **Contestó:** Sí teníamos interventor. Ellos cumplían sus funciones de coordinadores, de los programas que allá se llevaban. A veces viajaban a los municipios y uno

ocupaba, la señora Diana ocupaba esas funciones que hacían los interventores. **Preguntado:** ¿Según lo manifestado la señora Diana realizaba funciones de interventora? **Contestó:** No, no. Quedaba en el

puesto [...] No, sí teníamos interventor y en el momento ella quedaba en la oficina, cumpliendo sus funciones administrativas de ella, pero en ese momento ocupaba, quedaba ahí, en la oficina, pero funciones de ella, del interventor no, sus funciones. **Preguntado:** ¿Usted tiene alguna demanda contra el departamento del Cesar que esté en curso o piensa presentar demanda alguna contra este para reconocimiento de sus derechos laborales? **Contestó:** Sí la tengo [...]» (Subraya la Sala)

Finalmente, la señora Laura Lucia Otero Lima, quien también fue compañera de labores de la demandante, sostuvo²²:

«[...] **Preguntado:** le solicito que haga una exposición sobre lo que le conste en relación con el vínculo laboral que tuvo la señora Diana Carolina Aarón Ortiz con la secretaría de salud del departamento del César [...] **Contestó:** Bueno, a uno le dan el contrato de prestación de servicio ella le dio primero como técnico cuando yo ingresé en el 2009 ella estaba como técnico en el área de reorganización, cuando yo estaba en el área de recepción, ahí mismo en el despacho. Ella estaba como técnico nosotros nos ponían a cumplir el horario, tenía uno que llegar 5,10 minutos antes de las 8:00 de la mañana salir a las 12 o 22:30 si el secretario de salud no se encontraba, porque si estaba hasta que el secretario de salud se fuera. En las horas de la tarde uno llegaba faltando un cuarto para las 3 de la tarde y salía hasta que el secretario de salud le dijera a uno salga o que él ya se había retirado de la oficina. Los oficios, Diana realizaban los oficios ella coordinaba el grupo de reorganización, ella estaba bajo la supervisión de la doctora Iliana, cuando la doctora Iliana le tocaba viajar con el doctor Richard con los otros compañeros de reorganización ella se quedaba a cargo de la oficina y hacía las funciones de la doctora Iliana en cuestiones de oficios, hacerle seguimiento al hospital, enviar la información a los hospitales o que la doctora Ángela en ese momento que fue cuando yo entré le dispusiera a ella cualquier actividad. Lo principal a uno era que cumplía horario, si uno no llegaba antes de las 8 de la mañana a uno ya lo estaban llamando que por qué no había llegado que mire que estaba colocando mal tu nombre que van a decir que tú no estás trabajando, que van a decir que tú no estás cumpliendo y no te van a dar contrato para el próximo año, ósea en la verdad es fachada lo que a uno le ponen hacer con respecto al contrato de prestación de servicios porque uno lo que hace es un contrato laboral porque cumple el horario por completo y si uno no va a laborar en la fecha en que, por ejemplo los contratos nunca empiezan desde enero sino a partir de

²² *Ídem.* Minutos 41:14 a 59:10.

febrero o de marzo o abril, dependiendo si hicieron el presupuesto a tiempo y empiezan a partir de la fecha en que ya tienen presupuesto aprobado y uno trabaja durante esos tres meses sin remuneración alguna, pero debes ir porque si no, no les dan el contrato de prestación. **Preguntado:** usted fue compañera de labores de la señora Diana Carolina Aarón Ortiz ¿compartió con ella en secretaría de salud departamental? **Contestó:** Sí señor.

Preguntado: ¿Desde cuándo la conoció y hasta cuándo compartió, si la conoció en el ejercicio de sus labores? **Contestó:** Yo ingresé en abril de 2009, cuando ingresé yo a trabajar en la secretaria de salud, yo estaba como secretaria asistente técnico de la secretaría de salud, estaba con Mari Luz en el puesto de la secretaria de dirección y ahí fue cuando yo la conocí y ella salió en el 2011 y yo salí en el 2012, 2013, 2012. En el 2013 salí yo.

Preguntado: ¿Conoce cuál era la clase de vinculación que tenía la señora Diana Carolina Aron Ortiz? Es decir ¿cómo fue vinculada? ¿si tenía un contrato de prestación de servicios? ¿por un acto administrativo? ¿una relación legal y reglamentaria? **Contestó:** Contrato de prestación de servicio. **Preguntado:** ¿todo el tiempo? **Contestó:** Sí, primero fue técnico y en el 2010 fue que la colocó la doctora Ángela como profesional y sin embargo no le colocaron el sueldo que aparecía como profesional que era de \$3.000.000 sino que le colocaron creo que fueron 2.000.000 y pico a consideración de otra empleada de planta y de la secretaría de salud.

Preguntado: Aunque ya había señalado que cumplía horario en el caso de la señora Diana Carolina Aarón Ortiz cuál era ese horario si conoce en estricto sentido si trabajaba o tenía que cumplir todos los días o eran algunos días a la semana que tenía que asistir al trabajo **Contestó:** Todos los días se cumplía horario, es más, de 6, de las 8 de la mañana no se podía pasar porque ya le estaban llamándole la atención a uno verbalmente porque allá no se lo van a llamar a uno en un texto sino verbalmente, porque ellos saben muy bien que se estarían metiendo en un lío. Tenía que cumplir de 8 a 12 y de 3 a 6 de la tarde, sin embargo tampoco se cumplía ese horario porque se extendía, y más si estaban en épocas de contratos y había que presentar informes, habían veces que se daban, eran las 10 o 11 de la noche nosotros nos íbamos y ellas quedaban ahí trabajando con la doctora Ángela que era la secretaría cuando yo ... a la secretaría de salud en ese momento cuando yo entré, cuando habían cruces de cuentas con los hospitales y que tenían que realizar pagos también se quedaban verificando los cruces en los pagos, que tenían que presentar informes a la Supersalud se quedaban hasta tarde en reorganización con la secretaría de salud. Los fines de semana también lo llamaban a uno que le pedían supuestamente la colaboración, que eso se tenía en cuenta los fines de semana era supuestamente el mediodía y se extendía hasta las 3 de la tarde. **Preguntado:** ¿conoce usted si la señora Diana Carolina Aaron Ortiz estaba bajo la permanente subordinación de algún funcionario de la secretaría de salud departamental? ¿y si sabe quién,

cuál era el nombre de la persona que daba órdenes o si el trabajo de ella era autónomo e independiente y no requería pues de esa, del cumplimiento de las órdenes? **Contestó:** su jefe directo era la doctora Iliana ... Orozco y, el siguiente, la doctora Ángela o el secretario de salud de turno, esos eran sus dos jefes y ella tenía que seguir por lo que le hicieran en ese momento, las labores que tenía que cumplir y eran en la secretaría de salud. **Preguntado:** ósea, ¿le impartían órdenes? **Contestó:** Sí señor **Preguntado:** ¿Para la realización del trabajo? **Contestó:** Sí señor. **Preguntado:** ¿sabe usted si en la secretaría de salud departamental existía personal de planta que cumplía labores similares a las desempeñadas por la señora Diana Carolina Aarón Ortiz y ella ya no cumple las mismas funciones de la doctora Iliana Qué clase de funciones qué clase de funcional se le asignaban a la señora Diana Carolina Aarón Ortiz? **Contestó:** La doctora Iliana es de planta, ella era técnico. Diana cumplía las mismas funciones de la doctora Iliana. **Preguntado:** Qué clase de funciones, aunque ya lo había manifestado de manera general, de manera específica, ¿qué clase de funciones se le asignaban a la señora Diana Carolina Aarón Ortiz? **Contestó:** Ella, como el grupo de reorganización es el que coordina todos los hospitales de los municipios, ellos tenían que hacerle seguimiento en cuanto a los recursos, que cumplieran con todos a cabalidad los hospitales los informes que tienen que presentar a la Supersalud, los informes que tienen que presentar con los convenios, que se hicieran cumplimiento, los oficios, todo lo que se le pusiera de reorganización, las funciones de reorganización, las mismas que cumplía la doctora Iliana como auxiliar se los cumplía Diana Carolina. [...] **Preguntado:** ¿dígame a esta audiencia donde realizaba las funciones la señora Diana Carolina las realizaba en su casa o en la secretaría ... de salud del departamento o cuál era el sitio de ella de trabajo donde desarrollaba ella sus funciones o las labores contractuales que tenía con el departamento del Cesar? **Contestó:** En la secretaría de salud departamental. **Preguntado:** ¿había rango de que ella se pudiera llevar el trabajo para su casa desarrollarlo en su casa y presentar informe en el departamento o tenía que desarrollarlo ahí en la secretaría de salud departamental? **Contestó:** en la secretaría de salud muchas veces no nos permitían sacar las informaciones que presentaban de los hospitales, tenía que ser directamente ahí en la secretaría. **Preguntado:** Cuando ella desempeñó o desarrolló funciones como profesional, por qué ya nos explicó usted las funciones como técnico, cuando ella desarrolló las funciones como profesional, ¿Qué funciones específicas como profesional realizaba y qué funcionario dentro de la, dentro de la estructura de la secretaría de salud departamental cumplía las mismas funciones que ella sí tiene usted conocimiento de eso? **Contestó:** Ella quedó con las mismas funciones, lo único que hizo la doctora Ángela, que ella como se graduó lo que hizo fue que ya de técnico pasó a ser profesional, pero dentro del mismo cargo y ya pasó a ser en el nivel profesional más que la

jefe que tenía que era la doctora Iliana. [...] **Preguntado:** manifiéstele al despacho si durante el tiempo que estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios, al igual que la señora Diana Carolina Aaron tuvieron un supervisor interventor y cuáles eran las funciones desempeñadas por estos **Contestó:** mi supervisor o el de Diana, el mío era la doctora Fabiola que era la abogada directa del despacho y el de Diana era la doctora Iliana y la doctora Iliana supervisada que las actividades que estaban dentro del contrato de prestación de servicios se cumplieran a cabalidad sin eso no nos firmaban la cuenta de cobro. **Preguntado:** ¿tiene alguna demanda contra el departamento del Cesar en relación con los mismos hechos debatidos aquí de que pretende que se le reconozca ese tiempo como empleada del departamento del César? **Contestó:** No señora. [...] **Preguntado:** Si no estoy mal entendido de que la señora diana Carolina en algún momento prestó sus servicios haciendo labores secretariales **Contestó:** No, cuando ella ingresó, yo todavía no había ingresado en ese momento. el primer contrato de ella fue como auxiliar y después fue subiendo a técnico porque ella hizo su curso creo que, en el SENA, cuando yo ingresé estaba como técnico y al año siguiente de yo haber ingresado la subieron a profesional que se graduó en la universidad. **Preguntado:** ¿dígame al despacho concretamente en qué oficina prestaba ella su servicio? **Contestó:** Nosotras estábamos en el segundo piso de la secretaría de salud en el área de dirección y en esa misma área de dirección estaban las oficinas de reorganización. **Preguntado:** cómo se controlaba el horario de trabajo en ese momento en la secretaría de salud firmaban planilla o había otro elemento otra forma de controlar el horario laboral. **Contestó:** No, allá en la secretaria de salud no había forma de controlar, ni siquiera a los de planta el ingreso o salida de los empleados. [...]» (Subraya la Sala).

Frente al testimonio del señor Jhony William Corrales, la Corporación advierte que el *a quo* decidió en la sentencia no tenerlo en cuenta por su relación de afinidad con la demandante, pronunciamiento frente al cual no se manifestó inconformidad por la parte interesada en su valoración, razón que conlleva a obviarlo del debate en esta instancia.

Ahora, de acuerdo con la prueba testimonial recaudada en el proceso se advierte lo siguiente:

- i. En primer lugar, si bien la señora Leyda Esther Guillén Benjumea puede tener interés en el resultado del proceso, toda vez que también demandó al departamento del Cesar por hechos y pretensiones similares a las de la señora Diana Carolina Aarón, su testimonio no fue tachado por la parte demandada en el momento correspondiente, que era al recaudar la prueba testimonial; sin embargo, si bien sus dichos serán tenidos en cuenta, la Corporación los valorará con una mayor rigurosidad.

- ii. Definido lo anterior, se observa que las dos testigos son contestes en afirmar que la demandante realizaba labores secretariales o técnicas en la secretaría de salud del Departamento del Cesar mientras estuvo allí vinculada. Ahora, como bien lo afirma la parte apelante, la señora Guillén Benjumea y la señora Botero Lima se vincularon a la entidad territorial con posterioridad al inicio de la relación contractual de la demandante, sin embargo, como se indicó previamente, la configuración del elemento de subordinación respecto al periodo de vinculación con sustento en la OPS 0000312 del 27 de junio de 2007 ya fue debidamente acreditado como expuso la Sala, por lo que la valoración de la prueba testimonial será para el periodo de 2008 y hasta la terminación definitiva del vinculo contractual de la demandante, esto es, hasta el 7 de diciembre de 2011.

- iii. En efecto, nótese que la señora Guillén Benjumea, quien ingresó a la secretaría de salud del departamento del Cesar en el año 2008, manifestó que en dicho momento la señora Diana Carolina Aarón Ortiz era técnica administrativa y que realizaba funciones tales como ser la asistente del secretario de salud, de quien tanto la demandante como la testigo recibían órdenes, y que, al pasar al grupo de reorganización, también fungía como asistente del secretario, recibía la correspondencia, enviaba los informes, coordinaba reuniones, entre otras. Situación que fue reafirmada por la testigo, y que, al ser cuestionada posteriormente sobre las labores desempeñadas por la demandante, afirmó que esta «[...] atendía público, recibía correspondencia, enviaba, rendía informes,

coordinaba reuniones con el secretario y un grupo que ella manejaba, de los gerentes de los hospitales. [...]»

- iv. Por su parte, la señora Laura Lucía Otero, que ingresó a la secretaría de salud del Cesar en abril de 2009, sostuvo que la demandante era quien realizaba los oficios, coordinaba el grupo de reorganización bajo la supervisión de la señora Iliana Orozco y realizaba las funciones de esta última en cuestiones de seguimiento a hospitales y de enviar información a estos. Posteriormente, a partir de 2010, señaló la testigo, a la demandante se le asignaron funciones de profesional, encargándose de la coordinación del grupo de reorganización de hospitales, tenía que hacerles seguimiento a sus recursos, los informes que debían presentarse a la Superintendencia Nacional de Salud, los oficios «[...] y todo lo que se pusiera de reorganización [...]»

- v. Luego, para la Subsección las declaraciones de las testigos ratifican el hecho de que la demandante ejercía labores asistenciales tales como brindar apoyo y seguimiento en la preparación y presentación de informes, recolección y envío de información a los hospitales de la red departamental, consolidación y diseño de informes semestrales y anuales; apoyo logístico y elaboración de actas de las reuniones del grupo interdisciplinar del proceso de reorganización, modernización y rediseño de la red de servicios de salud en los municipios del Cesar. Actividades que, a juicio de esta Corporación, guardan similitudes con aquellas ejercidas por la demandante en virtud de la OPS 312 de 2007, es decir, por tratarse de funciones asistenciales que, como se dijo anteriormente, no pueden ser realizadas de forma autónoma e independiente pues requieren del continuo cumplimiento de instrucciones y acatamiento de órdenes para que las funciones a cargo de la secretaria de salud sean realizadas de la manera más eficiente y efectiva posible.

Además, ambas declarantes fueron responsivas y precisas en el sentido de que la demandante debía cumplir un horario laboral, lo cual se acompasa con la naturaleza de las funciones que realizaba, por cuanto no son de aquellas que pudiesen realizarse en un horario flexible, a la libre disposición de la contratista, sino que debían ejecutarse, por regla general, en la jornada operacional de la entidad.

En ese orden de ideas, se demostró que la vinculación contractual entre las partes no se circunscribió a una relación de coordinación entre la señora Diana Carolina Aarón y el Departamento del Cesar, pues no se trató únicamente de la vigilancia de la contratista respecto a la correcta prestación del servicio, sino que, se reitera, debía acatar las órdenes e instrucciones para el normal desarrollo de sus actividades con el fin de cumplir con la función de la secretaria de salud del Departamento del Cesar.

En conclusión: está demostrado el elemento de la subordinación y dependencia continuada en el caso de la señora Diana Carolina Aarón Ortiz porque las labores que debía realizar la demandante, pactadas en los diferentes contratos de prestación de servicios no podían ser realizadas de forma autónoma e independiente, característica connatural al contrato de prestación de servicios.

Segundo problema jurídico

¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de vínculo contractual sobre el cual se configuró la relación laboral de la demandante y la reclamación administrativa y; cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a los aportes a pensión?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: 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 y que no fueron reclamadas dentro de los tres años siguientes a la finalización de los diferentes periodos contractuales con la salvedad de lo referente a los aportes a pensión, como pasa a explicarse:

Prescripción aplicada a contrato realidad

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968²³ y 102 del Decreto 1848 de 1969²⁴ (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad²⁵:

«[...] 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

²³ «**Artículo 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

²⁴ «**Artículo 102.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

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 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 c, 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. [...]» (Subrayado de la Subsección)

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial, en su aparte aquí transcrito, se colige:

- 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.
- 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.²⁶

En virtud de lo anterior se analizan los siguientes supuestos en el presunto caso:

- La petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales por parte de la demandante, fue radicada ante la entidad demandada el 28 de noviembre de 2013²⁷,

²⁶ En los precisos términos de la sentencia de unificación, se indicó: «[...] 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. [...]» (Subrayado de la Subsección)

²⁷ De acuerdo con el hecho séptimo de la demanda y las constancias obrantes a folios 225 y 226 del expediente.

- por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de la finalización de cada uno de los diferentes vínculos contractuales.

Periodo contractual	Plazo para reclamar
3 de junio de 2007 al 3 de enero de 2008	4 de enero de 2011
10 de abril de 2008 al 10 de enero de 2009	11 de enero de 2012
24 de marzo de 2009 al 24 de diciembre de 2009	25 de diciembre de 2012
29 de enero de 2010 al 18 de diciembre de 2010	19 de diciembre de 2013
7 de febrero de 2011 al 7 de diciembre de 2011	8 de diciembre de 2014

- Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados de los periodos de vinculación laboral comprendidos entre el 3 de junio de 2007 y el 24 de diciembre de 2009, se encuentran prescritos.
- Ello, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización del respectivo periodo contractual y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que, se itera, ocurrió el 28 de noviembre de 2013.
- No ocurrió lo mismo con los periodos de vinculación comprendidos a partir del 29 de enero de 2010 y el 18 de diciembre de la misma anualidad y en adelante, por cuanto la reclamación fue presentada dentro de los tres años siguientes a la finalización de dicho contrato, lo cual lleva a concluir que los posteriores periodos tampoco se encuentran prescritos.

Imprescriptibilidad de los aportes a pensión - contrato realidad

No obstante, se reitera, 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 el Estado.²⁸

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que a la señora Diana Carolina Aarón Ortiz se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar causados desde el 3 de junio de 2007 al 24 de diciembre de 2009, sin contar las respectivas interrupciones.

Sin embargo, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional²⁹ de la demandante, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Aarón Ortiz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, 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

²⁸ «[...] En este orden de ideas, 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, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)²⁸, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[...]»

²⁹ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

En conclusión: En el caso de la señora Diana Carolina Aarón Ortiz prescribieron las prestaciones sociales a que tendría derecho, causadas entre el 3 de junio de 2007 y el 24 de diciembre de 2009, sin incluir las interrupciones entre los diferentes periodos contractuales. No obstante, la demandante tiene derecho a que la parte demandada realice las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible en los términos señalados precedentemente.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, la Subsección modificará los ordinales primero, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 1.º de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Cesar, que para el efecto quedarán de la siguiente forma:

«**PRIMERO. DECLARAR** probada la excepción de prescripción extintiva del derecho propuesta por la entidad demandada, respecto de los periodos contractuales comprendidos entre el 3 de junio de 2007 y 3 de enero de 2008, 10 de abril de 2008 y 10 de enero de 2009 y, el 24 de marzo de 2009 al 24 de diciembre de 2009, excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones; y declarar no probadas las demás excepciones propuestas por el Departamento del Cesar.»

«**TERCERO: CONDENAR** al DEPARTAMENTO DEL CESAR al pago de las prestaciones sociales a las que tiene derecho la señora DIANA CAROLINA AARÓN ORTIZ, liquidadas por los periodos comprendidos entre el 29 de enero de 2010 y el 18 de diciembre de 2010 y el 7 de febrero de 2011 al 7 de diciembre de 2011, lapso durante el cual estuvo vinculada al DEPARTAMENTO DEL CESAR; prestaciones sociales que deberán liquidarse de acuerdo a los valores pactados en los contratos de prestación de servicio. La suma que resulte de la condena anterior, se actualizará según la fórmula indicada en la parte motiva.»

«**CUARTO: CONDENAR** a la entidad demandada, a título de restablecimiento del derecho, a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional³⁰ de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Aarón Ortiz 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.

En ese sentido, 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.»

En lo demás se confirmará la providencia apelada.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente³¹ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

³⁰ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

³¹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso la Corporación se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con el numeral 5.º del artículo 365 del CGP, por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

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

³² «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

FALLA

Primero: Modificar los ordinales primero, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 1.º de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Cesar en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Diana Carolina Aarón Ortiz contra el Departamento del Cesar, los cuales quedarán de la siguiente forma:

«**PRIMERO. DECLARAR** probada la excepción de prescripción extintiva del derecho propuesta por la parte demandada, respecto de los periodos contractuales comprendidos entre el 3 de junio de 2007 y 3 de enero de 2008, 10 de abril de 2008 y 10 de enero de 2009 y, el 24 de marzo de 2009 al 24 de diciembre de 2009, excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones; y declarar no probadas las demás excepciones propuestas por el departamento del Cesar.»

«**TERCERO: CONDENAR** al DEPARTAMENTO DEL CESAR al pago de las prestaciones sociales a las que tiene derecho la señora DIANA CAROLINA AARÓN ORTIZ, liquidadas por los periodos comprendidos entre el 29 de enero de 2010 y el 18 de diciembre de 2010 y el 7 de febrero de 2011 al 7 de diciembre de 2011, lapso durante el cual estuvo vinculada al DEPARTAMENTO DEL CESAR; prestaciones sociales que deberán liquidarse de acuerdo a los valores pactados en los contratos de prestación de servicio. La suma que resulte de la condena anterior, se actualizará según la fórmula indicada en la parte motiva.»

«**CUARTO: CONDENAR** a la entidad demandada, a título de restablecimiento del derecho, a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional³³ de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Aarón Ortiz 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.

³³ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

En ese sentido, 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.»

Segundo: Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero: Sin condena en costas en esta instancia, conforme con las razones expuestas en esta providencia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ